



SEGUIMIENTO DE LA
RESOLUCIÓN
2381/2021 DE LA
ASAMBLEA
PARLAMENTARIA
DEL CONSEJO DE
EUROPA

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LAS
PERSONES

SEGUIMIENTO DE LA
RESOLUCIÓN
2381/2021 DE LA
ASAMBLEA
PARLAMENTARIA
DEL CONSEJO DE
EUROPA

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Abril 2022

Seguimiento de la Resolución 2381 (2021), de 21 de junio de 2021, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Abril 2022

Maquetación: Síndic de Greuges

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

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. RECOMENDACIONES GENERALES A TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA	7
2.1. En relación con la primera recomendación	7
2.2. En relación amb la segunda recomendación	10
3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA ESPAÑA	11
3.1. En relación con la primera recomendación	11
3.2. En relación con la segunda recomendación	13
3.3. En relación con la tercera recomendación	16
3.4. En relación con la cuarta recomendación	17
3.5. En relación con la quinta recomendación.	19
3.6. En relación con la sexta recomendación	20
3.7. En relación con la séptima recomendación	21

1. INTRODUCCIÓN

El informe del Síndic de Greuges titulado *La concesión del indulto parcial a las personas condenadas por la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo*, de septiembre de 2021, daba cuenta de la adopción, en junio del mismo año, de la Resolución 2381 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que lleva por título “Deberían enjuiciarse los políticos por declaraciones emitidas en ejercicio de su cargo?”.

La resolución fue aprobada el 21 de junio de 2021 por 70 votos a favor, 28 en contra y 12 abstenciones. Se basaba en el informe redactado por el diputado Boriss Cilevičs, al que había dedicado más de un año, incluyendo una visita a España que contaba con el apoyo de autoridades públicas

del Estado. Durante dicha visita se entrevistó con un gran número de interlocutores tanto del ámbito jurídico como del político.

La resolución hace una serie de recomendaciones a todos los estados miembros del Consejo de Europa, junto con recomendaciones específicas a los dos estados que habían sido objeto de atención especial por parte del relator: Turquía y España.

El objeto del presente informe es contribuir al trabajo de seguimiento de las resoluciones del Consejo de Europa, haciendo una valoración del alcance de las recomendaciones formuladas.

RECOMENDACIONES GENERALES A TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA

Con carácter general, la Resolución 2381 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) invita todos los estados 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 última de estas recomendaciones se desarrollará en el apartado relativo al caso español. En relación con las dos primeras recomendaciones generales se pueden hacer las siguientes observaciones:

1. En relación con la primera recomendación

1. La libertad de expresión tiene problemas graves en España desde hace tiempo, que evidencian un retroceso importante. Por citar solo los últimos cuatro años (aunque se podría ir más atrás, véase el informe del Síndic Retrocesos en materia de derechos humanos: *libertad de expresión de los cargos electos y separación de poderes en el Reino de España*, de abril de 2017), hay que destacar que se han abierto procesos penales y los tribunales han condenado a penas varias (multas, penas de prisión y de inhabilitación, según los casos) diferentes personas por expresiones contenidas en canciones o publicadas en las redes sociales. Especialmente preocupante es el uso que se ha hecho de los delitos de ensalzamiento del terrorismo (en una situación en la que han desaparecido las organizaciones terroristas que existieron en España en el pasado reciente) y de injurias a la Corona, y de los delitos de odio (a partir de expresiones

dirigidas contra algunas instituciones estatales o contra la policía, que no son objeto de protección como tales, puesto que ni estos son colectivos vulnerables que deban protegerse contra las manifestaciones de odio, ni las expresiones que se les dirigieron fueron por razón de raza, color, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, orientación sexual u otras características personales, que son los motivos que pueden generar un discurso de odio).

Pueden destacarse en este sentido los casos de los cantantes de rap César Strawberry (condenado por el Tribunal Supremo (TS) tras una primera absolución de la Audiencia Nacional (AN), con sentencia, sin embargo, del Tribunal Constitucional (TC), que anuló la condena del TS: STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020); Valtònyc, condenado por sentencia de la AN (SAN de 21 de julio de 2017), ratificada por el TS (STS 78/2018, de 15 de febrero), y Pablo Hasél, condenado dos veces (SAN de 31 de marzo de 2014, confirmada por la STS 106/2015, de 19 de febrero; y, por unos hechos similares a los de la primera condena, SAN de 2 de marzo de 2018 y, en apelación, SAN de 14 de septiembre de 2018, confirmada por STS 135/2020). En estos momentos, Valtònyc se encuentra en Bélgica, esperando la resolución del recurso de casación interpuesto por la fiscalía belga contra las dos negativas de los tribunales a aceptarlo de acuerdo con la orden europea de detención presentada por el Tribunal Supremo español.

2. Esta tendencia restrictiva ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, con una inflexión de su doctrina sobre la libertad de expresión, que ya tenía, sin embargo, algunos precedentes preocupantes (como el de la STC 177/2015, de 22 de julio, caso Stern y Roura, respecto a la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró posteriormente que vulneraba el derecho reconocido en el art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH): STEDH de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera contra España, núm. 51168/15 y 51186/15).

En efecto, resultan especialmente preocupantes para la libertad de expresión las últimas sentencias del TC: 190/2020, de 15 de diciembre, y 93/2021, de 10 de mayo. En estas dos sentencias se establece una interpretación enormemente restrictiva de la libertad de expresión, que, a pesar de las afirmaciones de la propia sentencia, resulta difícilmente compatible con la doctrina del TEDH en la materia, como denuncian los votos particulares que algunos magistrados del TC presentaron contra ambas resoluciones. En la primera (STC 190/2020) el TC desestimó el recurso de amparo que presentó una persona que fue condenada por ultrajes a España porque en el transcurso de una manifestación de reivindicación laboral por parte de trabajadores de una instalación militar profirió expresiones contra la bandera española (que se estaba izando en el recinto militar cerca de donde transcurría la manifestación). El TC considera que esta condena no vulnera la libertad de expresión, puesto que, según el Tribunal, las expresiones que se utilizaron, relativas a la bandera española que se estaba izando, no eran necesarias para la reivindicación que se estaba produciendo y no tenían ninguna relación con la misma. En la segunda (STC 93/2021), el TC tampoco otorga el amparo a una persona, concejala de un ayuntamiento, que fue condenada civilmente por haber tachado de asesino en Facebook a un torero que había sido muerto por un toro. Otra vez, el TC utiliza el criterio de la “necesidad” de la expresión utilizada para manifestar una idea o una opinión, y concluye que en este caso tampoco era necesaria para expresar su posición de activista antitaurina y, por lo tanto, constituía un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión, que no podía ser amparado. Este uso del criterio de la “necesidad de la expresión”, ajeno a cualquier consideración de ponderación o proporcionalidad, para manifestar una opinión tiene un altísimo potencial restrictivo, como muestran estos casos, y provoca un efecto disuasivo (*chilling effect*) que afecta claramente al libre ejercicio de la libertad de expresión.

3. En relación estrictamente con los representantes políticos, cabe destacar la condena por desobediencia del presidente Quim Torra, por no haber ordenado, dentro del plazo fijado por la Junta Electoral Central (JEC), la retirada de una pancarta (en contra

de la existencia de presos políticos) de la sede del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, condena que le conllevó, además, la pérdida automática del escaño en el Parlamento de Cataluña por decisión de la Junta Electoral Central, un órgano de carácter administrativo con funciones de control de los procesos electorales. Esta decisión fue ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional (STC 25/2022, de 23 de febrero), en este último caso con varios votos particulares que consideran que, como mínimo, el TC debería haberse cuestionado la constitucionalidad del art. 42 del Código Penal, que establece que la pena de inhabilitación especial por cargo público conlleva, además de la privación del cargo sobre la que recae, la incapacidad de obtener el mismo cargo u otros análogos durante el tiempo que dure la condena. Esta disposición del Código Penal, interpretada conjuntamente con el art. 6.2.b de la LOREG (que establece que es causa de inelegibilidad la condena por sentencia, aunque no sea firme, por determinados delitos, entre los cuales el terrorismo, la rebelión y los delitos contra la Administración pública, como el de desobediencia), ha dado como resultado que la JEC y el TS entiendan que esta causa de inelegibilidad obliga a cesar a las personas condenadas por estos delitos –de tan diferente entidad– del cargo que ocupan en el momento de la condena judicial, aunque ocuparan otro en el momento de los hechos por los que fueron condenadas. Se trata de una interpretación extensiva de normas que restringen derechos, con resultados que se pueden considerar desproporcionados.

El expresidente Torra ha sido objeto después de otro procesamiento, por unos hechos similares posteriores, que están pendientes en este momento de sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC). Una solución judicial similar ha recibido el caso del diputado del Parlamento de Cataluña Pau Juvillà, por no haber retirado de su despacho en el Ayuntamiento de Lleida, donde era concejal, los lazos amarillos en apoyo a las personas condenadas por el Procés por el TS, durante una campaña electoral, campaña en la cual él, además, no se presentaba. La condena penal de inhabilitación por desobediencia le conllevó también la pérdida del escaño como diputado del Parlamento de Cataluña, sin ni siquiera esperar la resolución del recurso judicial que interpuso.

Estas condenas penales manifiestan una práctica judicial muy restrictiva de la libertad de expresión de los políticos, no justificable por la neutralidad de los poderes públicos durante los procesos electorales, que no puede conllevar en ningún caso que los políticos no manifiesten su posición y sus opiniones, sino que los poderes públicos no interfieran partidariamente en el proceso electoral. Una cosa es la objetividad de las administraciones públicas en la prestación de sus servicios y otra muy diferente el comportamiento de los cargos electos, que lo son precisamente en virtud de su ideología.

4. En el caso Juvillà, además, se manifiesta un problema grave de respecto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE y art. 6 CEDH). En efecto, la JEC, un órgano administrativo con funciones de garantía y control de los procesos electorales, ordenó la retirada inmediata del escaño del Sr. Juvillà, sin esperar ni siquiera la resolución de las medidas cautelares que se solicitaron al TS ni, por supuesto, la resolución del recurso judicial contra la sentencia dictada por el TSJC. Simultáneamente, entregó la credencial de diputado al siguiente de la lista por la que el Sr. Juvillà se había presentado. La retirada inmediata del escaño por una condena no firme y por decisión de un órgano administrativo, que conminó con “efectos legales” si no se cumplía su orden, revela la grave situación de indefensión que se produce en este caso (y que puede extenderse a otros casos similares), en el que una decisión administrativa no dispone de un recurso judicial efectivo y provoca efectos irreversibles.

5. En estos casos hay que destacar también la desproporcionalidad de la pena y de los efectos de su aplicación. En cualquier caso, la exhibición de símbolos que se consideren inapropiados durante la campaña electoral se podría resolver (como sucede con otras infracciones electorales) con una multa o una sanción administrativa, y no con condenas penales por desobediencia que conlleven inhabilitación y, además, pérdida sobrevenida del cargo representativo obtenido en unas elecciones.

Esta desproporción nace de la interpretación judicial y de la JEC, de carácter claramente extensivo, pero también de ciertas disposiciones legales que facilitan este resultado y que convendría revisar. En

especial, el art. 42 del Código Penal y el art. 6.2.b) de la LOREG, que establecen lo siguiente:

Artículo 42. Código penal

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Art. 6.2 b) Ley Orgánica Régimen Electoral General

2. Son inelegibles:

a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

6. Igualmente, y dado que afectan también directamente a la libertad de expresión de los representantes políticos en ejercicio de sus funciones representativas en el Parlamento, lo cual afecta además a la garantía de la inviolabilidad parlamentaria respecto a la cual el TS y el TC han establecido una concepción muy restrictiva, cabe destacar los procesos penales abiertos a los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña que permitieron la tramitación de ciertas iniciativas legislativas consideradas inconstitucionales y que fueron condenados por el TSJC a penas de multa y de inhabilitación (STSJC de 19 de octubre de 2020). También otro miembro de la Mesa, diputado después en el Congreso de los Diputados, ha sido condenado por el TS por los mismos hechos (STS de 9 de abril de 2021) y obligado a dejar su escaño en el Congreso de

los Diputados. Igualmente, el anterior presidente del Parlamento de Cataluña, Roger Torrent, y algunos miembros de la Mesa de la misma legislatura han sido también procesados por permitir que se llevaran a cabo debates parlamentarios sobre la monarquía y la autodeterminación, y en estos momentos se encuentran pendientes de la celebración de la vista oral.

Todos estos hechos muestran un retroceso importante en materia de libertad de expresión, que se manifiesta de forma especialmente grave en relación con las expresiones referidas a instituciones como la Corona o la policía. Y, de manera especial, en la imposición de límites –con consecuencias penales– a la libre expresión en el ámbito representativo y parlamentario, dado que el simple hecho de exhibir ciertos símbolos políticos (relativos a las personas condenadas por el TS en el juicio por el 1 de octubre) o de permitir el debate sobre ciertos temas (como el derecho a la autodeterminación o la Corona) puede conllevar la incoación de procesos penales que pueden conllevar la inhabilitación y el cese de cargos representativos. A este retroceso también ha hecho referencia Amnistía Internacional en su reciente informe anual referente a España.

2. En relación con la segunda recomendación

1. En relación con los artículos 42 del Código Penal y 6.2.b de la LOREG, que tienen como efecto combinado la privación automática de los cargos públicos condenados por desobediencia (incluso a instancias de un órgano administrativo como la JEC), algunos votos particulares a sentencias del TC han considerado reiteradamente que estas disposiciones causaban efectos desproporcionados.

2. Por otra parte, **no se han derogado aún las disposiciones más problemáticas de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana de 2015 (Ley mordaza)**, aunque se está tramitando en el Congreso de los Diputados su modificación legislativa. El TC declaró que era conforme a la Constitución, excepto la necesidad de autorización para usar imágenes de autoridades, policías e instalaciones en determinados casos (STC 172/2020, de 19 de noviembre). El Síndic ya denunció la regresión que suponía esta Ley en su informe

Retrocesos en materia de derechos humanos: libertad de expresión de los cargos electos y separación de poderes en el Reino de España, de abril de 2017. Sobre esta legislación se han pronunciado, de manera muy crítica, tanto la comisaria europea por los Derechos Humanos como la Comisión de Venecia.

3. En relación con las limitaciones impuestas a representantes elegidos para ejercer su función, hay que mencionar también la aplicación que hizo la Mesa del Congreso, con una interpretación además claramente extensiva, del artículo 384 bis de la LeCrim, a los procesados por la causa del 1 de octubre en Cataluña que habían sido elegidos en el Congreso de los Diputados (Oriol Junqueras, Jordi Sànchez, Jordi Turull y Josep Rull) y en el Senado (Raül Romeva) en las elecciones legislativas de 2019. En todos estos casos, el hecho de que fueran procesados por un delito de rebelión (que después, en el juicio, se reveló claramente inaplicable) provocó que fueran suspendidos de sus cargos representativos.

Tampoco se permitió judicialmente que el diputado Jordi Sànchez (elegido en el Parlamento de Cataluña en las elecciones del día 21 de diciembre de 2017, y en prisión provisional en aquel momento por su presunta implicación en los hechos que generaron la causa del 1 de octubre en Cataluña), que fue nombrado como candidato a la Presidencia de la Generalitat, se pudiera presentar al acto de investidura. El diputado Jordi Turull, también procesado en la misma causa, pudo presentarse como candidato propuesto a la Presidencia de la Generalitat en la primera sesión de investidura, pero fue encarcelado por orden judicial antes de la segunda sesión y no se le dio permiso para asistir. Hay que poner de manifiesto que en todos estos casos se aplicó la medida excepcional del artículo 384 bis de la LeCrim, introducido en la legislación antiterrorista de 1988 (Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo), que establece que las personas integradas en bandas armadas o terroristas y los “individuos terroristas o rebeldes” que estén procesados y en prisión provisional quedan automáticamente suspendidos de los cargos públicos que ocupen, y que el TC interpretó, aceptando su constitucionalidad, en el contexto del examen de la legislación antiterrorista (STC 71/1994, de 24 de marzo).

3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA ESPAÑA

La Resolución 2381 (2021) formula las siguientes recomendaciones específicas para el Reino de España:

- 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.*

A continuación se analiza su grado de cumplimiento en el momento actual.

1) Reformar las disposiciones penales en materia de rebelión y sedición para que no puedan ser interpretadas de manera que invaliden la despenalización de la organización de un referéndum ilegal, tal y como pretendía el legislador cuando abolió este delito concreto el año 2005, o para que no puedan aplicarse sanciones desproporcionadas a infracciones no violentas

Durante el primer semestre de 2021, antes de la adopción de la resolución de la Asamblea Parlamentaria, se tuvo conocimiento por los medios de comunicación que el Gobierno del Estado preparaba un proyecto de ley de reforma del Código Penal en relación con los delitos de rebelión y sedición. **Según estos medios, una vez concedidos los indultos en los términos que veremos más adelante, el Gobierno ha renunciado a esta reforma. Por lo tanto, en el momento de elaborar este informe no se ha dado cumplimiento a la recomendación del Consejo de Europa.**

En este punto, en todo caso, interesa examinar cuál es la regulación actual de los delitos mencionados por la PACE.

La rebelión

En primer lugar, cabe decir que nunca se han condenado civiles por rebelión penal, ni en las formulaciones históricas de dicho delito ni en la actual, por parte de un tribunal civil. La STS 459/2021 fue la primera vez en la que se juzgaban civiles por este motivo. Aunque finalmente la condena fuera por sedición, haber llevado la acusación por rebelión hasta la vista oral ante el TS tuvo consecuencias que se han descrito en el informe *La Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo y su repercusión en el ejercicio de los derechos fundamentales*, de enero de 2020.

La rebelión militar, que era indistintamente aplicada a civiles y militares en la historia

juridicopolítica española, tiene unas raíces conceptuales y legales lo suficientemente diferentes. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, no se puede considerar la jurisprudencia generada en torno a este concepto como un antecedente válido para el caso del Procés.

El Código Penal (CP) de 1995 produce un cambio estructural importante en todas las variantes del delito de rebelión. A diferencia de las versiones anteriores del texto punitivo, exige que el alzamiento de los que quieren cambiar el sistema institucional, en todo o en parte, tiene que ser público y con violencia. Anteriormente, solo se exigía el alzamiento público.

La introducción de la violencia en el tipo penal fue el resultado de una enmienda promovida por el Grupo Parlamentario Vasco de forma condicional; es decir, que supeditó su voto afirmativo al nuevo Código Penal a la introducción de esta enmienda. Esto se desprende del *Diario de Sesiones* de las Cortes y de las declaraciones públicas de los diputados que intervinieron en las negociaciones parlamentarias. Así se plasmó oficialmente: “Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: [...]”. En el caso catalán, la hipotética variante de la rebelión sería la del núm. 5 del artículo 472 CP: “Declarar la independencia de una parte del territorio nacional”.

Con la nueva redacción del CP-95, el delito de rebelión requiere tres elementos esenciales para satisfacer el derecho fundamental al principio de legalidad penal. El primero es el alzamiento, es decir, una salida concertada en la calle de una multitud de gente sobrepasando las autoridades legítimas, con la finalidad, en el caso catalán, de proclamar la independencia. El segundo elemento es la publicidad, es decir, la manifestación ciudadana del movimiento insurreccional. Las fases previas de conspiración -en sentido amplio- son, por naturaleza, secretas; ahora bien, si son descubiertas, son objeto de punición específica (art. 477 CP).

El tercer elemento legal es la violencia. En los delitos graves, como la rebelión, la violencia es considerada siempre violencia

física sobre las personas o las cosas, no meramente intimidatoria, sino lesiva o destructora.

Pues bien, en la STS 459/2019, de 14 de octubre, en ningún momento se define ni qué es alzamiento ni qué actos de los procesados constituyeron alzamiento. Sería, por decirlo simplemente, como si se condenara a alguien por homicidio sin que constara en la sentencia quién ha muerto ni cómo. En segundo término, la violencia no queda reflejada en la sentencia como el tercer elemento central del delito. En efecto, nunca de forma directa se hace referencia a la misma. No consta en qué actos concretos consistió. En ningún momento se relatan hechos violentos que serían típicos de una rebelión: asalto a instituciones públicas, lesiones o muerte de personas, detenciones, pillaje, etc. Solo hay que tener en cuenta unos simples detalles: junto a la Consejería de Economía, frente a la cual se manifestaron miles de ciudadanos el 20 de septiembre de 2017 -uno de los días de la supuesta rebelión- hay tres negocios altamente sensibles a los disturbios: una joyería, una farmacia y un banco, por este orden. Ninguno de los tres establecimientos tuvo que cerrar antes de su horario al público. Un gran teatro barcelonés, siguiendo por la acera, también vecino de la Consejería, llevó a cabo sin problemas su función de noche, aún en plena manifestación frente a la Consejería.

En conclusión, en ningún caso convocar un referéndum ilegal se puede considerar rebelión en la redacción actual del Código Penal. Ahora bien, tal y como recomienda el Consejo de Europa, **sería necesaria una revisión del tipo de rebelión para insistir que esta solo se puede producir en caso de violencia material grave, con alteración real del orden constitucional.**

La sedición

Históricamente, hasta el CP de 1995, la sedición era el delito que seguía la rebelión dentro del apartado dedicado a los delitos contra la seguridad interior del Estado. El CP-95 cambia la fisonomía del texto legal. Así, desde 1995, la rebelión se insiere en un título del CP (Título XXI del Libro II), “Delitos contra la Constitución”. La sedición en este

nuevo planteamiento politicocriminal pasa a integrarse separadamente como un delito más contra el orden público (Título XXII del Libro II CP). La redacción de los preceptos vigentes, sin embargo, mantiene el parentesco histórico y morfológico con la rebelión, que formalmente continúa siendo un delito tributario, cosa que es causa de muchos problemas interpretativos, dadas las innumerables referencias legales de la sedición a la rebelión.

En efecto, la redacción de la sedición empieza con una redacción en negativo: “Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión [...]” (art. 544 CP). Esta redacción negativa dificulta mucho saber quién puede cometer un delito de sedición. Es uno de los muchos defectos que sufre la configuración legal de este delito. La doctrina trata, de hecho, ambos delitos como gemelos. Incluso se ha considerado la sedición como una rebelión en pequeño. La sedición, al igual que la rebelión, requiere un alzamiento, una publicidad y una forma tumultuaria de llevar a cabo la acción; es decir, violencia.

Sobre las notas del alzamiento y la publicidad no es necesario repetir lo que se ha dicho hasta ahora. Las dificultades vienen de la mano de la expresión “de forma pública y tumultuaria”. Un sector doctrinal, en especial los partidarios de considerar la sedición como el delito aplicable al caso, sostienen que un alzamiento tumultuario no tiene que ser un alzamiento violento. Esto es difícil de justificar dada la pena en juego, de diez a quince años de prisión. Como la del homicidio.

Por otro lado, la finalidad de la sedición es “impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”. No se trata solo de obstaculizar o entorpecer ciertas funciones públicas, sino que realmente no se puedan llevar a cabo (cosa que la STS 459/2019 no tiene en cuenta). Y hacerlo ya sea por la fuerza (actos violentos) ya sea fuera de las vías legales, es decir, por vías de hecho, que en el sentido sistemático del delito significa llevar a cabo actuaciones realmente violentas, dada la pena en juego.

Sin embargo, el TS opera contrariamente al estándar hermenéutico consolidado. En su sentencia, cuando castiga por sedición basándose en una construcción de violencia, viene a decir que no es realmente violencia física, sino violencia ambiental, figura legalmente inexistente. Esta construcción tan peculiar fue calificada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (3/6/2021) de “violencia sin violencia”.

Como hemos establecido en el punto anterior, la STS 459/2019 no menciona en ningún momento qué hechos son constitutivos de alzamiento ni qué responsabilidad tienen cada uno de los acusados individualmente en los hechos de los que se les acusa, dado que se trata de un delito colectivo en el que es necesario circunstanciar las aportaciones de cada procesado para llevar a cabo una condena respetuosa con el derecho fundamental de la legalidad penal y los derechos igualmente fundamentales que cobija la plástica expresión “debido proceso legal” (*due process of law*).

Tampoco la convocatoria de un referéndum ilegal debería tener sitio, en una interpretación mínimamente rigurosa, en el tipo penal de sedición. A pesar de esto, **la única reforma posible (y necesaria) es la derogación del delito de sedición y la reformulación de los delitos contra el orden público, en especial, los delitos de desórdenes públicos, que son un cajón de sastre asistemático, desproporcionado y con poco encaje con el mandato constitucional de legalidad penal.**

2) Indultar o liberar a los políticos catalanes condenados por su papel en la organización del referéndum inconstitucional de octubre de 2017 y en las manifestaciones masivas pacíficas que lo acompañaron, además de valorar la posibilidad de dejar sin efecto los procedimientos de extradición interpuestos contra los políticos catalanes que están en el extranjero y que son perseguidos por los mismos motivos

Los condenados a penas de prisión, nueve en total, por la STS 459/2019 fueron indultados el 22 de junio de 2021 por el tiempo que les quedaba de prisión, bajo la

condición de no volver a delinquir, y quedaron en libertad. El resto de penas no privativas de libertad, y las penas idénticas del resto de condenados, no fueron indultadas.

Dado que la pena privativa de derechos más importante de las que se habían impuesto era la inhabilitación para ejercer todo tipo de cargos públicos (desde cargos electos o funciones en la Administración pública hasta todo tipo de enseñanzas en centros de titularidad oficial), los condenados por la referida sentencia han quedado excluidos de participar en los asuntos públicos, incluidos la enseñanza y la sanidad públicas, hasta que la inhabilitación se agote, y por supuesto del derecho de presentarse a unas elecciones.

Sobre el alcance y los límites de los indultos concedidos en junio de 2021, nos remitimos al informe del Síndic de Greuges *La concesión del indulto parcial a las personas condenadas por la sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo*. A continuación, se hace referencia a la situación del resto de personas con causas penales pendientes por cuestiones vinculadas con el 1 de octubre.

Otros encausados

Aunque la mayoría de los procesos a cargos públicos de segunda línea y, por lo tanto, no aforados, no se han llevado a la práctica -fundamentalmente los que se encuentran aún en fase de investigación en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona-, **ha habido una sucesión de causas penales, especialmente contra manifestantes que salieron a la calle en protesta por las actuaciones policiales del 1-O y las actuaciones judiciales subsiguientes**. Buena parte de ellas han terminado en absoluciones porque no quedó probada la participación de los encausados en los hechos o porque prevaleció el derecho de manifestación sobre unos leves disturbios. Las personas condenadas, en general, tienen aún las sentencias condenatorias en revisión. Otros con causas ya finalizadas han instado en algún caso, si la resolución era especialmente severa, el indulto. No consta aún que se haya resuelto ninguno. Tampoco parece, a estas alturas, que haya una acción políticamente

concertada para llevar a cabo una petición organizada de indultos.

Por su parte, los miembros de la Mesa del Parlamento que permitieron los debates que el TC había prohibido, fueron condenados, ya sea por el TSJC o por el TS, por desobediencia. No consta la petición de indulto, seguramente porque las penas son de inhabilitación y la tramitación de la gracia puede durar más que la propia condena.

Entre los altos cargos encausados se pueden citar:

- La exconsejera Meritxell Serret, acusada de un delito de desobediencia que tiene que juzgar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dada su condición actual de diputada.
- La actual consejera de Cultura, Natàlia Garriga, por los hechos del 1-O, momento en el que era directora de servicios del Departamento de la Vicepresidencia.
- Los hoy diputados Jové y Salvadó, que deben ser juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por los preparativos del 1-O.
- La exdiputada Eulàlia Reguant, por desobediencia al negarse a responder preguntas de la acusación particular (el partido político VOX) en la causa que llevó a la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo. Cabe decir que la diputada ya fue condenada gubernativamente con una multa de 2.500 euros por estos hechos, cosa que pone en cuestión el principio de *ne bis in idem*.

Absoluciones relevantes

Por razones procesales no siempre claras, la causa del Procés independentista se ha fragmentado en numerosas instancias jurisdiccionales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y varios tribunales de instrucción). En este contexto, ha habido dos juicios relevantes. El primero, sobre toda la cúpula policial de la Generalitat (policías y políticos) para favorecer el referéndum del 1-O. Fueron absueltos y su

comportamiento considerado positivamente o irrelevante por los hechos que se discutían procesalmente. La sentencia de la Audiencia Nacional (de 21 de octubre de 2020) no fue recurrida y, por lo tanto, es firme. Los funcionarios afectados fueron restituidos en sus puestos de trabajo.

Por su parte, los miembros de la Sindicatura Electoral de Cataluña fueron juzgados y absueltos en primera instancia (sentencia de 14 de abril de 2021) por falta radical de pruebas en la participación de las funciones que deberían haber llevado a cabo en el referéndum ilegal del 1-O. La fiscalía ha recurrido esta absolución.

Aunque estas absoluciones no dejan de ser una buena noticia, cabe destacar el daño reputacional y emocional causado por unas acusaciones injustificadas (que aún continúan en el caso de los miembros de la Sindicatura Electoral), y que el consejero de Interior fue condenado por sedición a diez años y medio de prisión por los mismos hechos por los que sus subordinados fueron absueltos.

Euroórdenes

Varios ex altos cargos de la Generalitat durante los hechos del 1-O han abandonado el territorio del Estado y continúan con causas pendientes. Es el caso del expresidente Carles Puigdemont y los exconsejeros Antoni Comín, Clara Ponsatí y Lluís Puig, contra los cuales el Tribunal Supremo ha activado en varios momentos la figura de la euroorden. En contra de lo que recomienda la Asamblea Parlamentaria, no se han dejado sin efecto **“los procedimientos de extradición interpuestos contra los políticos catalanes que están en el extranjero y que son perseguidos por los mismos motivos”**.

La situación legal de las euroórdenes contra los procesados por los hechos del septiembre/octubre de 2017 están, de acuerdo con la interlocutoria del TJUE de 30/7/2021, suspendidas, a pesar de las protestas -fuera de las vías procesales- del magistrado instructor del TS que las emitió. De acuerdo con el TJUE, esta suspensión tuvo lugar porque precisamente fue el propio magistrado instructor del TS quien así lo declaró, tal y como consta en el expediente judicial correspondiente. Por esta razón, la euroorden

que se practicó en Italia (Sàsser, Cerdeña), fue dejada sin efecto menos de veinticuatro horas después de la detención del presidente Puigdemont.

Las anteriores euroórdenes han sido rechazadas por los tribunales estatales a los que se han requerido. Queda únicamente una, en Bélgica, que ha sido recurrida en casación por la fiscalía de aquel país.

La posibilidad de dejarlas sin efecto -hasta ahora solo provisionalmente debido a movimientos tácticos e indescifrables del magistrado instructor del TS- corresponde en última instancia al Gobierno de Madrid. En efecto, dado que en los procesos de las euroórdenes únicamente es parte el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, es la única parte procesal que las puede instar, y dado que el Ministerio Fiscal depende, a pesar de cierta autotomía funcional, del Gobierno, este puede ordenar en cualquier momento a la Fiscalía ante el TS, vía la Fiscalía General del Estado, que retire las peticiones de euroorden. En este caso, el instructor del TS no tendría más remedio que archivarlas y, en consecuencia, quedarían sin efecto. Al mismo tiempo, decaería la cuestión prejudicial planteada por el juez instructor ante el TJUE. Lo mismo sucedería con las órdenes de detención internas. En definitiva, en esta materia la última palabra la tiene el Gobierno del Estado.

Cabe decir, por otra parte, que respecto a tres de estas personas, que tienen la condición de diputadas del Parlamento Europeo (Puigdemont, Comín y Ponsatí), el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE, aún pendiente de resolver, en relación con su condena por la sentencia 459/2019, cuando ya habían adquirido la condición de eurodiputados.

Mención aparte merecen las exdiputadas Marta Rovira y Anna Gabriel, que se encuentran en Suiza, país que ha rechazado desde el primer momento la posibilidad de una extradición, dado que el artículo 3 del convenio bilateral con España excluye de esta figura los delitos políticos.

Amnistía

La primera medida que se instó desde instituciones públicas y organizaciones

privadas y académicas fue solicitar la amnistía para todos los procesados y condenados por los hechos que derivaron en actuaciones judiciales y ante el Tribunal de Cuentas (responsabilidad contable). Tras deliberaciones de todo tipo, los partidos políticos independentistas en el Congreso de Diputados en Madrid prestaron una proposición de ley el 16 de marzo de 2021 y fue inadmitida a trámite por ser incompatible con la Constitución según dictamen de los letrados de la cámara legislativa. En efecto, la Mesa del Congreso, en fecha 23 de marzo de 2021 acordó lo siguiente en relación con la proposición de ley: “[...] 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.”

Es decir, no se llegó a debatir ni siquiera su admisión a trámite en sede propiamente parlamentaria. Ahora bien, una simple lectura de la Constitución, que habla del derecho de gracia, que ejerce el rey, no habla de la amnistía ni, por lo tanto, la prohíbe. Tampoco una amnistía, con nombre y apellidos, es un indulto general. Este es el parecer de buena parte de la doctrina penalista y jurisdiccional. Además, con su decisión, la Mesa asume una facultad, la del control previo constitucional, inédita y sin ningún apoyo legal, evitando que la institución legítimamente encargada de esta función, el Tribunal Constitucional, llegue a pronunciarse sobre un tema controvertido.

Recursos ante el TC y paso al TEDH

Prácticamente todas las condenas han sido recurridas delante el TC, que ha denegado el amparo y ha confirmado las sentencias ordinarias y todos sus incidentes procesales, si bien no de forma unánime. Agotada la vía interna de recursos ordinarios y extraordinarios, queda abierta la vía al recurso ante el TEDH.

Esta instancia europea ya ha recibido una serie de demandas derivadas de las resoluciones del Procés. Todo parece indicar

que está a la espera de las últimas, y mientras tanto ha ido formando un único expediente. Aún es pronto para determinar una fecha probable de resolución de las demandas.

3) Retirar los procesos restantes contra cargos inferiores, también implicados en el referéndum inconstitucional de 2017, y no sancionar a las personas que han sucedido a los responsables políticos encarcelados, que con sus acciones simplemente expresan su solidaridad con los detenidos

En parte ya se ha respondido en la cuestión anterior, pero conviene aquí desarrollar algunos argumentos adicionales. La mayor parte de los encausados judiciales por los hechos que nos ocupan no han sido juzgados, sino que la causa está aún en fase de investigación judicial. Y, ocasionalmente, se producen algunas incorporaciones más, así como algún apartamento del Procés, también ocasional. En estos casos, se produce el archivo provisional de las actuaciones con carácter individual. En cualquier caso, **no ha habido una retirada generalizada de procesos contra cargos inferiores por parte de la Fiscalía, tal y como recomienda el Consejo de Europa.**

Los dos juzgados de instrucción que más volumen de encausados tienen son el Juzgado de Instrucción núm. 13 y el Juzgado de Instrucción núm. 1, ambos de Barcelona. Inicialmente, el Juzgado núm. 13 se ocupó de la causa, pero ha ido perdiendo encausados debido a los aforados, que han sido juzgados o por el TSJC o por el TS.

Ahora se trata de cargos públicos, de la Administración de la Generalitat o de las administraciones locales, que a estas alturas, al margen de las responsabilidades que tuvieran en el momento de los hechos o puedan tener en el futuro, no disfrutaban de un status procesal especial. De hecho, este grupo lo integran unas cincuenta personas, incluyendo un buen número de alcaldes. La instrucción, que ha estado a punto de cerrarse un par a veces y de remitir las actuaciones al órgano de enjuiciamiento para la vista oral, continúa en esta fase de investigación.

La otra causa relevante por la significación de los cargos encausados, ninguno de ellos

aforado en la actualidad, es el caso Voloh (Juzgado de Instrucción núm. 1 de Barcelona). Se refiere a la supuesta gestión de los encausados para instar la implicación de Rusia en el proceso de independencia de Cataluña. Esta gestión habría sido llevada a cabo por una serie de personalidades implicadas judicialmente sin que, por lo que se sabe hasta ahora, haya indicios sólidos de dicha implicación.

Las personas interesadas han solicitado el archivo de las actuaciones. También lo ha hecho, parcialmente, la Fiscalía, para remitir lo que quede que sea de interés a la Audiencia Nacional. No puede preverse cuál será el final procesal ni en fecha ni en contenido.

Otro caso emblemático es el de Tamara Carrasco: activista acusada de sedición, rebelión y terrorismo, a quien se impusieron medidas cautelares extremadamente duras (prohibición de salida del municipio durante más de un año), y que ha sido absuelta hasta en dos ocasiones por el juzgado de lo penal y la Audiencia Provincial de Barcelona; sentencias que han sido recurridas por la Fiscalía.

En cualquier caso, hay que volver a reiterar lo que ya se ha dicho anteriormente: dado que la Fiscalía depende del Gobierno central, este podría desactivar las acusaciones, y el juez, en virtud del principio acusatorio, tendría que archivar la causa. En algunas causas se persona la denominada *acción popular* -excepción española al monopolio por parte del Ministerio Fiscal de la acción penal-, que no está sujeta a ningún mandato de ninguna autoridad pública ni privada. Esto podría conllevar, como de hecho conlleva en la práctica, que el procedimiento pueda continuar, si el juez lo estima pertinente, en la medida en que alguien ejerza, de acuerdo con las previsiones legales, la acción popular.

4) Garantizar que la disposición penal sobre malversación de fondos públicos se aplique de manera que la responsabilidad solo surja cuando se puedan constatar pérdidas reales y cuantificadas para el presupuesto o patrimonio del Estado

En el marco de las Actuaciones Previas 80/2019, el 20 de abril de 2021 el Tribunal de Cuentas emitió una providencia en la que se

citaban a declarar treinta y cuatro altos cargos de la Generalitat de Cataluña en el periodo 2011-2017 por “indicios de responsabilidad contable” en relación con los gastos de la Generalitat destinados a la realización de “la consulta o proceso de participación ciudadana llevada a cabo el 1 de octubre de 2017”. Las actuaciones llevaban causa de una liquidación provisional practicada en enero de 2020 a raíz de denuncias presentadas por el Ministerio Fiscal y dos entidades privadas.

Los altos cargos tuvieron que entregar un aval de 5,4 millones de euros a finales de julio de 2021. En el caso de no haberlo hecho, el Tribunal hubiera procedido a embargar sus bienes.

Aunque en el procedimiento abierto hay hasta treinta y cuatro ex altos cargos del Gobierno encausados, actualmente la única demanda admitida a trámite (presentada por Sociedad Civil Catalana) solo se dirige contra once personas: los expresidentes de la Generalitat Carles Puigdemont y Artur Mas, el exvicepresidente Oriol Junqueras y ocho exmiembros más del Gobierno: Dolors Bassa, Toni Comín, Neus Munté, Jordi Turull, Raül Romeva, Clara Ponsatí, Lluís Puig y Francesc Homs.

Hay que destacar que Artur Mas y Francesc Homs ya fueron juzgados y condenados por el Tribunal Supremo en relación con la organización de la consulta del 9-N (2014). Por su parte, Oriol Junqueras, Dolors Bassa, Neus Munté, Jordi Turull y Raül Romeva lo han sido por el 1-O, mientras que el resto de encausados tienen la causa pendiente en el Tribunal Supremo.

En todo caso, por lo tanto, esta recomendación está lejos de ser cumplida en el momento actual.

En relación con el Tribunal de Cuentas, merece la pena hacer una reflexión sobre la independencia y la imparcialidad de esta institución, en el marco de su competencia de enjuiciamiento.

Aunque el marco constitucional y legal debería garantizar la independencia y la imparcialidad de este ente, varios aspectos de su funcionamiento en democracia ponen en duda dichos elementos.

El Tribunal de Cuentas está formado por doce consejeros escogidos por mitades por Congreso y Senado por una mayoría cualificada de tres quintas partes de las cámaras. El mandato de estos consejeros es de nueve años, renovables. El resultado de la combinación de estos factores, junto con las mayorías que han conformado las Cortes Generales durante los últimos cuarenta años, han hecho que los nombramientos hayan recaído en función de cuotas de partido, con escasa consideración del conocimiento técnico de la mayoría de las personas candidatas. Además, la posibilidad de reelección ha permitido que algunos consejeros se hayan mantenido en el cargo hasta treinta años.

Para empeorar las cosas, más de la mitad del personal del Tribunal de Cuentas no tiene la condición de funcionario del propio Tribunal, como prevé la Ley, sino que proviene de otras administraciones públicas (las cuales el Tribunal de Cuentas tiene que auditar). Ha habido también graves acusaciones de nepotismo, en el sentido que más de cien de los cuatrocientos empleados del Tribunal de Cuentas tenían vinculación familiar con altos cargos del ente.

El Tribunal de Cuentas español, como alguno de sus homólogos europeos (Francia, Italia y Portugal), pero a diferencia de la mayor parte de entidades fiscalizadoras superiores (incluido el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea) tiene dos funciones. Por un lado, la típica de este tipo de entidades: la auditoría de las cuentas de los organismos públicos y de los presupuestos generales del Estado (cuenta general). Por el otro, la capacidad de enjuiciar por sí solo y en su sede las posibles responsabilidades contables o delitos que puedan desprenderse de su análisis de las cuentas públicas.

En efecto, el artículo 15 de la Ley Orgánica de 1982 establece que:

“Uno. El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

Dos. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos,

así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.”

El desconocimiento público de esta función de enjuiciamiento, y las opiniones críticas que empezó a generar a principios de la década pasada (incluidas denuncias de nepotismo en la contratación y nombramientos en el Tribunal) motivó que el Tribunal de Cuentas realizara una evaluación entre iguales (*peer review*) a cargo del Tribunal de Cuentas Europeo y su homólogo de Portugal. Este informe (2015) puede encontrarse en la página web del Tribunal de Cuentas en el apartado de Transparencia.

Respecto a la función de enjuiciamiento, el informe recomendaba, entre otras cosas, que los consejeros de la Sección de Enjuiciamiento no deberían debatir y votar los informes de fiscalización y que la instrucción de los procedimientos tendría que corresponder a la Unidad de Actuaciones Previas, bajo la supervisión de la Fiscalía. No ha habido ninguna evaluación entre iguales posterior a la del año 2015. Tampoco ha habido informes del Tribunal de Cuentas sobre el seguimiento de las recomendaciones ni ningún plan de cambio y mejora tomando como base este documento. Quedan al menos tres graves defectos organizativos en la función procesal del Tribunal.

Un primer problema es que la segunda instancia ante un recurso puede presentar un riesgo de colusión. En efecto, la Sección de Enjuiciamiento está organizada de la forma siguiente: un presidente de la Sección y tres consejeros, cada uno a cargo de uno de los departamentos de enjuiciamiento, los cuales por sorteo se hacen cargo de cada caso que tiene que ser juzgado. Si al final se llega a dictar sentencia, lo hace cada uno de los consejeros, a título individual como juez de primera instancia. Si hay recurso contra la sentencia, entonces es en el ámbito de la propia Sección donde se acabará considerando el recurso. Y lo hacen el presidente con los otros dos consejeros de los departamentos que no han participado en la sentencia en primera instancia. Aunque el consejero que ha juzgado en primera instancia no participa en la segunda, parece indudable que el hecho de compartir sección durante nueve años, con decenas o centenares de recursos cruzados, genere un juego estratégico de favores mutuos que haga ineficaz esta segunda instancia. En

este sentido, sería mucho mejor que la segunda instancia no tuviera ninguna vinculación con las personas que emiten sus sentencias en la misma sección.

Un segundo elemento de diseño organizacional que puede afectar al juicio de los consejeros de enjuiciamiento se encuentra en la recomendación contenida en la evaluación entre iguales mencionada precedentemente. Una fuente importante de la activación del fuero propio de la Sección de Enjuiciamiento son los informes de fiscalización del Tribunal, tal y como ha sucedido en el caso de los treinta y cuatro ex altos cargos de la Generalitat. El hecho de que los consejeros participen en los debates y que además tengan voto para la aprobación o no del informe de fiscalización puede influir en el criterio que se formen sobre el tema que después pasará a su propia jurisdicción, siendo uno de ellos el que en primera instancia tendrá que resolver sobre el tema. Si estuviéramos en un esquema judicial, sería como si el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción se integraran, tras formular la acusación, en el órgano judicial que tiene que dictar sentencia.

El tercer elemento, también de carácter general, que afecta tanto la Sección de Enjuiciamiento como la de Fiscalización es la presencia de la Abogacía del Estado en el funcionamiento del Tribunal de Cuentas. La Abogacía del Estado es un cuerpo perteneciente a la rama ejecutiva del Estado, en particular situada en el Ministerio de Justicia, con rango de subsecretaría. Asiste jurídicamente al Gobierno. El Tribunal de Cuentas, en su vertiente de fiscalización, está al servicio del Parlamento, y en su vertiente jurisdiccional es poder judicial: no tiene sentido que la Abogacía del Estado se incardine en los procesos internos del funcionamiento del Tribunal de Cuentas; al contrario, esto redundaría negativamente en la independencia y la imparcialidad de la institución. Otra cosa es que, naturalmente, la Abogacía del Estado sea parte en un procedimiento, pero lo que resulta insólito es que forme parte del proceso decisorio del Tribunal de Cuentas.

Un ejemplo de esta situación anómala lo tenemos en las actuaciones 28 y 27 del año 2021 vinculadas a los avales que se solicitaron en relación con actividades de acción exterior de la Generalitat de Cataluña. El funcionario instructor del expediente de avales solicitó

opinión a la Abogacía del Estado, la cual rechazó darla, como si fuera un tercero imparcial, precisamente porque no lo es. Todo ello tiene que ver con los puntos 2 y 3 de la evaluación entre iguales, que denotan que tras más de cuarenta años de fuero propio el Tribunal de Cuentas no ha podido construir en la Sección de Enjuiciamiento un procedimiento único y que garantice los derechos de los afectados.

Por todo ello, podemos concluir que el Tribunal de Cuentas no reúne las notas de independencia e imparcialidad que son imprescindibles para llevar a cabo la función jurisdiccional que le encomienda su Ley Orgánica.

5) No exigir a los políticos catalanes que cumplan condena que renieguen de sus profundas convicciones políticas a cambio de un régimen penitenciario más favorable o de la posibilidad de obtener el indulto. No obstante, se les podrá exigir que se comprometan a perseguir sus objetivos políticos sin tener que recurrir a medios ilegales

Como ya hemos señalado, las personas que fueron condenadas por el TS español por sedición con ocasión del referéndum de Cataluña han sido indultadas por el Gobierno del Estado (RD 456 a 464, todos de 22 de junio de 2021) y se encuentran hoy en libertad. **Para obtener el indulto, no tuvieron que renunciar a sus convicciones políticas.**

Sin embargo, algunos aspectos del procedimiento que llevaron a la concesión del indulto (y la situación en la que se encontraron para intentar disfrutar de beneficios penitenciarios mientras estaban en prisión) ponen en cuestión que se esté respetando cabalmente esta recomendación.

1. El indulto está condicionado a “no volver a cometer un delito grave” en un plazo de entre tres y seis años, según los casos.

Entendiendo que estos delitos son los que conllevan penas cualificadas como graves (art. 33.2 del Código Penal: prisión de más de cinco años, privación del derecho a conducir vehículos por más de ocho años, prohibición del derecho a residir en un determinado lugar por más de cinco años y prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares o de

comunicarse con determinadas personas por un tiempo superior a cinco años), hay que destacar que las conductas tipificadas como tales son de naturaleza muy diversa, y muchas no tienen que ver con actividades políticas o incluso públicas, de modo que los indultos podrían verse revocados por una condena por acciones que no tengan relación alguna con los hechos por los que las personas fueron condenadas y ni siquiera con las actividades políticas o públicas de estas personas.

Este condicionamiento puede percibirse como una amenaza que limita la libertad de actuación de las personas indultadas y el pleno ejercicio de sus derechos, entre los cuales la libertad de expresión.

2. Genera una fuerte preocupación que el informe preceptivamente emitido por el Tribunal Supremo antes de la concesión de los indultos utilice profusamente el argumento de la “falta de arrepentimiento” de los condenados para oponerse a la concesión. Esta “falta de arrepentimiento”, que fue también alegada por el TS para revocar beneficios penitenciarios que habían sido concedidos a los condenados cuando estaban en prisión, en los términos en los que lo expresa el TS, equivale de hecho a la exigencia que los condenados asuman el punto de vista del TS sobre los hechos que originaron la condena, que por el TS constituyen un delito de sedición y por los condenados un ejercicio de sus derechos fundamentales (especialmente, la libertad de expresión y de manifestación) y representativos (amparados por la inviolabilidad parlamentaria). Así, esta exigencia de “arrepentimiento” respecto a actuaciones de carácter netamente político – puesto que en ningún momento se atribuyeron a los penados actos de violencia– puede verse como una exigencia de renuncia a las creencias políticas propias que lesiona su libertad ideológica, como ya denunció el Síndic en el informe de noviembre de 2020 (*Afectación de derechos en la ejecución penitenciaria de la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo*, pág. 21 y sig.). Esta vulneración tuvo lugar en ocasión de la anulación por parte del TS de los beneficios penitenciarios que habían sido reconocidos por varios juzgados de vigilancia penitenciaria, al estimar el recurso de la Fiscalía, que pedía la aplicación a los presos de un programa de tratamiento vinculado al

delito, que, por su naturaleza y la de los hechos que originaron la condena, solo podía consistir realmente en una especie de programa de reeducación política. Este reproche del TS por la falta de arrepentimiento puede verse como una exigencia de modificar su posición ideológica y política.

3. La preocupación manifestada en el apartado anterior puede resurgir en el futuro, en relación con las personas que están procesadas por los mismos hechos y hoy en el exilio, a la espera de la resolución de las órdenes de detención europeas que ha emitido el TS español a la justicia belga, por el caso que en algún momento sean juzgados en España.

4. En relación con la posibilidad de disfrutar de beneficios penitenciarios durante los cerca de cuatro años que duró su privación de libertad, nos referimos al informe *Afectación de derechos en la ejecución penitenciaria de la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo*, de noviembre de 2020, en el que se cuestionaba que las personas condenadas tuvieran que someterse a un programa de reinserción que tenía como finalidad inculcarles ciertas ideas, para acceder a un determinado tratamiento penitenciario. Y hay que reiterar que renunciar a la propia ideología debe considerarse una vulneración de la libertad ideológica, en el sentido que indican tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH. Además, la resolución contenía unas amenazas ocultas hacia los técnicos penitenciarios por si persistían a mantener sus criterios profesionales respecto a la evolución de los presos.

6) Establecer un diálogo abierto y constructivo con todas las fuerzas políticas de Cataluña, incluidas las que se oponen a la independencia, con el fin de fortalecer la calidad de la democracia española. Esto tendrá que hacerse a través del estado de derecho, el buen gobierno y el respeto total a los derechos humanos, sin necesidad de recurrir al derecho penal, pero con pleno respeto al orden constitucional de España y que a su vez permita asentar una fuerte democracia europea

Se ha abierto una mesa de diálogo entre el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el

Gobierno del Estado, pero este proceso de diálogo avanza muy lentamente (solo dos reuniones formales) y carece, como mínimo públicamente, de una estructura y de una planificación claras y definidas, sin que se haya obtenido hasta ahora ningún resultado tangible.

Sería necesario, en este sentido, darle una estructura y garantizarlo, para hacerlo efectivo para abordar y resolver el conflicto entre Cataluña y el Estado, tal y como el Síndic ha recomendado reiteradamente en sus informes sobre esta cuestión de los últimos años.

7) Aplicar estas recomendaciones de acuerdo con los principios del estado de derecho definidos por el Consejo de Europa y, muy particularmente, con el respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley

Los principios del estado de derecho, tal y como han sido definidos por el Consejo de Europa, implican el respeto de la legalidad pero también de los derechos fundamentales, entre los cuales figura de forma destacada la libertad de expresión, tanto de la población en general como de sus representantes políticos, que deben poder ejercer plenamente y con libertad su función representativa. De manera especial, el informe Mahoux sobre el “Rule of Law Checklist” de la Comisión de Venecia, de 14 de octubre de 2016, que dio origen a la Resolución PACE 2187 (2017), aprobada el 11 de octubre de 2017 (“Venice Commission’s Rule of Law Checklist”), remarca que los elementos esenciales del estado de derecho son: (i) la legalidad, que incluye un proceso de aprobación de las leyes transparente, responsable y democrático; (ii) la certeza legal; (iii) la prohibición de arbitrariedad; (iv) el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, que incluye

también la revisión de las actuaciones administrativas; (v) el respeto de los derechos humanos, y (vi) la igualdad y la no discriminación ante la ley.

En España se puede constatar en los últimos tiempos una concepción legalista y formalista del estado de derecho, que no tiene en cuenta sus otros elementos esenciales, como se acaba de indicar. En este sentido, el Consejo de Europa ha advertido que una interpretación formalista del estado de derecho y del imperio de la ley es contraria a su verdadera esencia [Resolución PACE 1594 (2007) y su informe correspondiente].

Esta concepción legalista, desconectada de una debida interpretación constitucional, además, se fundamenta a menudo en algunos principios políticos que se consideran superiores a cualquier otro. Especialmente reveladoras en este sentido fueron las palabras del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en su discurso de inauguración del año 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 estado de derecho, pues, basado por último y esencialmente en la unidad del Estado y no en la Constitución, y que se encomienda que los jueces protejan 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

