

REBELIÓN NO, SEDICIÓN TAMPOCO (A PROPÓSITO DE LA STS
459/2019, DE 14 DE OCTUBRE, SOBRE EL PROCÉS)
NOR REBELLION, NOR SEDITION (CONCERNING THE SUPREME COURT
SENTENCE 459/2019, 14TH OCTOBER, ABOUT THE PROCÉS)

Antoni Llabrés Fuster

*Profesor titular de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

De modo quizás sorprendente para muchos a la luz de la contundencia con que el *procés* independentista fue valorado en fase de instrucción como indiciario de rebelión —con las muy cuestionables medidas cautelares que de ello se derivaron—, la STS núm. 459/2019, de 14 de octubre, absuelve del delito del art. 472 CP a los dirigentes políticos y sociales catalanes. Las razones que sustentan dicha absolución, entre las que destaca la inidoneidad del *procés* para constituir un desafío real al orden constitucional vigente, contrastan con la dureza con que en cambio se valoran los hechos como constitutivos del delito más grave contra el orden público (sedición del art. 544 CP), con un razonamiento confuso tanto lo que se refiere a su verdadero objeto de tutela, como a los actos constitutivos de «alzamiento tumultuario» o a la individualización de la contribución a título de coautores por la que se imponen severísimas penas de prisión a nueve de los encausados.

PALABRAS CLAVE

Rebelión, sedición, orden constitucional, orden público, violencia, resistencia pasiva, derechos fundamentales de reunión y manifestación.

ABSTRACT

Maybe surprisingly for some people, according to the severity of the valuation of the independence process at the preliminary investigation as circumstantial for rebellion —along with the great questionable precautionary measures inferred from that—, at the sentence 459/2019, 14th October, the Catalan social and political leaders are acquitted of the crime established in article 472 Criminal Code. Among the reasons of their acquaintance, we find that the non-suitability of the process does not constitute a real defiance to the current constitutional order. This contrasts with the strength of the assessment of those offences in relation to the more severe crimes against the public order (sedition of the article 544 Criminal Code), and with a confusing reasoning concerning the authentic object of protection. Finally, this also contrasts with the facts constituent a «crowded uprising»; or, in relation to the individualization of the contribution personally such as coauthors, given that nine of the accused people are punished with more severe prison penalties.

KEY WORDS

Rebellion, sedition, constitutional order, public order, violence, passive resistance, fundamental rights of assembly and of demonstration.

REBELIÓN NO, SEDICIÓN TAMPOCO (A PROPÓSITO DE LA STS 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE, SOBRE EL PROCÉS)¹

Antoni Llabrés Fuster

Profesor titular de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: Introducción. 1. El desvanecimiento del delito de rebelión. 1.1. «Indiscutibles episodios de violencia», aunque atípicos para la rebelión. 1.1.1. Violencia física y psíquica. 1.1.2. Dirigida a los poderes del Estado. 1.1.3. Directamente encaminada a la consecución del resultado (independencia). 1.1.4. Objetivamente idónea para conseguirlo. 1.2. Ni siquiera conspiración para la rebelión. 1.3. Medidas cautelares sobre la base de una rebelión con pies de barro. 2. La condena por sedición. 2.1. ¿Un alzamiento prolongado en el tiempo? 2.2. ¿Qué ocurrió hasta el 19 de septiembre? 2.3. ¿Dónde reside la lesividad de lo ocurrido los días 20-S y 1-O? 2.4. ¿Hasta el punto de constituir un delito de sedición? 2.4. La deficiente individualización de la responsabilidad. 2.4.1. ¿No evitar que otros se alcen como sedición en comisión por omisión? 2.4.2. ¿Alentar a otros a alzarse como inducción a la sedición? 2.4.3. ¿Y la calificación penal de quienes se alzan tumultuariamente por incitación de los condenados? 3. Conclusión. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre, llamada del *procés*, condena a nueve dirigentes políticos y sociales del independentismo catalán a severas penas de prisión por la comisión de un delito de sedición del art. 544 CP (dejamos fuera de este comentario los delitos de malversación de caudales públicos, en relación de concurso medial con la sedición, por el que se castiga a cuatro de aquellos, o el de desobediencia, aplicado adicionalmente a otros tres encausados). A mi juicio, y por diversas razones, se trata de una resolución muy cuestionable.

Los hechos acaecidos en Cataluña en el otoño de 2017 como culminación de un proceso político que arranca, en su recta final al menos, en noviembre de 2015, y que supusieron, sin duda, un intento ilegítimo de ruptura del orden constitucional no encuentran un encaje satisfactorio en la legislación penal española vigente. Muy sintéticamente, se puede concluir que ni respondieron a los medios comisivos propios de la rebelión, puesto que

no revistieron la clase y grado de violencia requeridos para resultar típicamente relevantes ni existen tipologías delictivas alternativas contra el orden constitucional en las que se pueda cobijar un proceso de secesión que cursa simplemente fuera de las vías legales. En su defecto, considerar que los incidentes vividos en las calles de Cataluña los días 20-S y 1-O tuvieron la entidad suficiente para corresponderse con el marco penal del principal delito contra el orden público, la sedición, no parece en absoluto evidente. Al menos sin entrar en conflicto con principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* propios de un Estado de Derecho y sin violentar categorías dogmáticas sólidamente afianzadas en la teoría jurídica del delito. De todo ello nos ocuparemos a continuación.

1. EL DESVANECIMIENTO DEL DELITO DE REBELIÓN

La Sentencia descarta finalmente la existencia del delito de rebelión (pp. 263-275), obstinadamente sostenido en su acusación por el Ministerio Público hasta el mismo informe de conclusiones definitivas y sobre el que había pivotado el proceso de principio a fin. La rotundidad con la que se orilla la incardinación de los hechos en dicho tipo penal contrasta vivamente con el contundente tenor de algunas resoluciones interlocutorias del magistrado instructor y de la Sala de Recursos que empujaban resueltamente en esa dirección y que contenían consideraciones sobre los indicios a la sazón disponibles más propias de una calificación definitiva². Una persistencia injustificada, cabría decir *ex post*, puesto que, como veremos a continuación, algunas de las razones de las que se sirve el Tribunal en la sentencia para tener por no probada la rebelión —al menos las concluyentes para excluir su tipicidad objetiva— no dimanen de los actos de prueba desarrollados en el plenario, sino que se apoyan en datos y hechos públicos y notorios, sobradamente conocidos con anterioridad al mismo momento de admisión a trámite de la querrela, dos años atrás. Quizá por eso se ve empujado a introducir con carácter previo al juicio de tipicidad (pp. 254-262), en manifiesto tono de *excusatio* por ese giro final, un dilatado recordatorio acerca de la cristalización progresiva del objeto del proceso penal y la consiguiente provisionalidad de la subsunción, acompañada de una detallada enumeración de todos y cada uno de los lances del proceso en que se había dejado la puerta abierta, de un modo ciertamente retórico, a calificaciones alternativas como la sedición. Una autojustificación del Tribunal que tiene mucho que ver con el hecho de que sobre la acusación por rebelión se fundamentaran restricciones de derechos fundamentales de los procesados, reiteradamente ratificadas, como la prisión provisional o —específicamente asociada a dicha figura delictiva— la suspensión del ejercicio de cargos públicos (*vid. infra*).

1.1. «INDISCUTIBLES EPISODIOS DE VIOLENCIA», AUNQUE ATÍPICOS PARA LA REBELIÓN

Según la Sentencia, «[...] la existencia de hechos violentos durante el proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada» (p. 266), puesto que tanto en la concentra-

ción frente a la Conselleria d'Economia del 20-S como en la celebración del referéndum del 1-O se registraron «indiscutibles episodios de violencia» (p. 267) en las calles de Cataluña. En el primer caso, se considera probado que la movilización multitudinaria provocó un ambiente coactivo e intimidatorio que impidió el traslado de los detenidos al lugar en el que se practicaba el registro, y que significó la intervención de los Mossos d'Esquadra para procurar una protección física de los funcionarios de la comitiva judicial. En el segundo, por los enfrentamientos producidos en diversos lugares de la geografía catalana entre agentes de la autoridad y ciudadanos que participaban en las votaciones.

1.1.1. Violencia física y psíquica

Previamente (pp. 265-266), la Sentencia aborda la naturaleza de la violencia requerida para el alzamiento rebelde, para concluir, a mi juicio correctamente, que resulta típica no solo la violencia física, sino también la compulsiva, sin que eso suponga —se aduce— una interpretación analógica contraria al principio de legalidad (Llabrés, 2019: 12 ss.). Lo cierto es que la previsión genérica de violencia en el art. 472 CP, sin especificar las modalidades de la misma significativas para el tipo de rebelión, se muestra poco respetuosa con el mandato de taxatividad de las leyes penales y propicia posibilidades interpretativas dispares. Tienen razón quienes señalan que cuando a lo largo del Código Penal el legislador hace uso del término «violencia» para definir una conducta punible, se interpreta, con carácter general, que hace referencia exclusivamente a la violencia física ejercida contra las personas (*vis corporis corpora afflicta*), puesto que habitualmente aparece emparejada con la «intimidación» (*vis compulsiva*) como conceptos claramente diferenciados. Pero eso no puede considerarse un argumento concluyente a favor de un concepto estricto de violencia que circunscriba a la primera el radio de acción típica de la rebelión (de otro parecer, Rebollo, 2018).

En esta tesitura, resulta ineludible introducir pautas hermenéuticas que permitan reducir la imprecisión y así delimitar el ámbito de lo criminalmente trascendente con el exigible margen de seguridad. Deviene esencial a estos efectos, desde parámetros teleológico-valorativos, atender al fin de protección perseguido por la norma penal: la identificación del objeto de tutela —el orden constitucional— permitirá detectar las conductas que pueden ponerlo en peligro de un modo significativo y orillar a la vez lo que se revele inocuo a estos efectos. En todo caso, debe prestarse atención al severísimo marco punitivo que la rebelión lleva aparejado con vistas a asegurar la compatibilidad del umbral de relevancia típica así trazado con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, desde esta óptica resulta aconsejable adoptar una interpretación amplia del término «violencia», que, sin desbordar el tenor literal posible de la ley, pueda acoger en su seno no solo la violencia física ejercida contra las personas, sino también la psíquica (entendida como amenaza de violencia física), una vez advertida la idéntica potencialidad lesiva que circunstancialmente puede evidenciar esta última. Efectivamente, piénsese en el caso de las sublevaciones incruentas en las que no se llegan a registrar episodios de violencia física contra las personas sencillamente porque los insurgentes no encuentran resistencia y que, de otro modo, devendrían atípicas. Ese punto se resuelve correctamente en la sen-

tencia al indicarse que «[...] se trata de atender al fin de protección del tipo penal, que autoriza una conclusión que abarque en la incriminación sublevaciones planeadas de forma incruenta pero intimidatoria o alzamientos que no llegan a consumir su objetivo y que no realizan actos de violencia física de cierta entidad» (p. 266).

Eso sí, la *vis* psíquica debe traducirse en una amenaza seria, fundada e inequívoca de utilización de la fuerza, bien expresamente manifestada —por ejemplo, a través de una declaración verbal explícita—, bien a través de actos concluyentes —por ejemplo, sacando las tropas a la calle—, que revele una predisposición clara a recurrir a la violencia en caso de necesidad. Esto es, se trata de una amenaza que se hará realidad de un modo inminente si los representantes del poder legítimo del Estado no se allanan a las pretensiones de unos sublevados que se muestran dispuestos a alcanzar sus objetivos «a todo trance», como suele repetirse como un latiguillo a lo largo de la instrucción de la causa. El riesgo de materialización de la violencia física con la que se amenaza debe resultar constatable objetivamente *ex ante* a partir de los datos conocidos sobre la génesis, naturaleza y características del alzamiento y del contexto en el que se produce. Y debe alcanzar una eficacia e intensidad en términos de idoneidad equivalente a la que pudiera representar la violencia física.

1.1.2. Dirigida a los poderes del Estado

Todo ello tiene mucho que ver con un aspecto que, al tratar el delito de rebelión, no siempre se acierta a distinguir con la suficiente claridad, lo que lastra todo el análisis subsiguiente: la correcta identificación del destinatario de dicha violencia, que no es otro que el Estado o, por mejor decir, los poderes del Estado (para lo que sigue, Llabrés, 2019: 21 ss.). Porque lo determinante para la tipicidad es calibrar hasta qué punto la violencia ejercida resulta idónea para obligar al Estado a claudicar y hacer posible con ello la consecución del resultado ambicionado por los rebeldes (por ejemplo, la independencia de una parte del territorio), como veremos enseguida. Por eso no deben confundirse, y ha ocurrido a menudo en este proceso, los concretos actos violentos que puedan haber tenido lugar (ejecutados, por ejemplo, contra la Policía o la comitiva judicial) con el efecto coercitivo que pueden generar y que debe proyectarse inequívocamente sobre los poderes del Estado. No se plantean dudas cuando la violencia recae directamente sobre los órganos constitucionales, esto es, sobre las personas que representan a los poderes legítimos del Estado o encarnan su autoridad (sobre miembros del Ejecutivo o del Legislativo, contra cuya vida se atenta o amenaza, por ejemplo): un asalto directo al poder, como en el caso del 23-F. Pero también puede ocurrir que sean terceros los sujetos pasivos inmediatos de actos de violencia perpetrados por los alzados y que todo ello se haga con la finalidad de coaccionar al Estado (por ejemplo, a través de la toma de ciudadanos como rehenes y amenazando con matarlos si el gobierno no acepta las condiciones de los rebeldes). En este último caso, solo interesarán dichas acciones violentas desde la perspectiva de la violencia compulsiva que su realización pueda entrañar para los poderes del Estado. De modo que es imaginable la producción de graves episodios de violencia física que no tengan capacidad de coerción alguna y adquiera, en cambio, mucho mayor alcance en ese sentido una violencia psíquica, pero directamente proyectada sobre los órganos constitucionales³.

Lo antedicho resulta de suma importancia en esta causa: incluso considerando probada la realización de actos de violencia física o psíquica contra miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad o funcionarios de la Administración de Justicia, a quienes se dificulta o impide el cumplimiento de un mandato judicial (respectivamente, en los hechos de los días 20-S y 1-O), resultan por sí solos insuficientes para colmar la tipicidad del delito de rebelión, puesto que se habrían revelado del todo infructuosos —y eso es lo realmente importante— para coaccionar eficazmente al Estado, auténtico destinatario de dicha violencia en el sentido comentado.

1.1.3. Directamente encaminada a la consecución del resultado (independencia)

Por otra parte, la violencia contra los poderes del Estado debe ser estructural al alzamiento (en la Sentencia no queda claro en qué consistiría dicho alzamiento ni en qué lapso de tiempo se habría producido —*vid. infra*, en relación con la sedición—), quedando fuera del radio de la acción típica la que pueda presentarse de forma no coetánea a aquel o de modo puramente episódico o puntual. En todo caso, debe tratarse de una violencia preordenada o finalística, esto es, directamente encaminada a hacer realidad la pretensión que espolea a los sublevados, sin que pueda ser considerada como tal la violencia registrada periférica o incidentalmente durante o en el contexto de los hechos que no guarde una conexión inmediata con dicha referencia última. La Sentencia se refiere a todo ello al indicar que «[...] la violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes» (p. 267), o cuando afirma que «[...] la violencia penalmente relevante del delito de rebelión es solamente aquella que se vincula al tiempo de producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica» (p. 269). Desde esta perspectiva, se concluye que «[...] los hechos probados describen momentos de obstrucción a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, en los que, aun tildados de violentos, la fuerza o, si se quiere, la agresión no era funcional para el logro directo de la finalidad típica» (p. 269).

La convicción de que ello era así se refuerza cuando se analiza la ausencia de tipicidad subjetiva (pp. 271 ss.), al considerar probado que la finalidad de los acusados no era vincular sus actos de manera directa con la consecución de la independencia, sino presionar al Gobierno español para que negociara («tensar la cuerda sin romperla», se apunta gráficamente)⁴. De modo que, con arreglo al plan de los insurgentes, la constitución de Cataluña en estado independiente y la derogación pareja de la vigencia de la Constitución en ese territorio hubiesen requerido de la intervención ulterior de un tercero, el Ejecutivo estatal, que, visto ahora desde el plano objetivo (ambas perspectivas se entremezclan en distintos pasajes de la Sentencia) supondría una interrupción del nexo causal que impediría la imputación del resultado final a los acusados (*vid. también* pp. 357-8)⁵.

Según la Sentencia, «[...] esa buscada intervención de sujetos que ostentaban el poder institucional legítimo del Estado español y que eran diversos de los sedicentes conjurados, constituiría, de conseguirse, una interrupción del nexo causal entre su comportamiento y la independencia deseada. En efecto, la buscada intervención del Gobierno español, voluntaria por más que fruto de la persuasión, impediría el regreso al comportamiento de los acusados como causa normativa y de la independencia y de la derogación constitucional deseada. En consecuencia, las decisiones

que implicasen la secesión, prescindiendo de la cuestión de su legitimidad, no les sería imputable objetivamente a los acusados convirtiéndoles en autores de un delito de rebelión» (pp. 274-5).

1.1.4. Objetivamente idónea para conseguirlo

Así pues, para que los hechos objeto de juicio hubiesen constituido un delito de rebelión, la violencia debería haberse proyectado directamente sobre los poderes del Estado con la finalidad inmediata de alcanzar la independencia y, por último, de un modo objetivamente idóneo para conseguirlo. Con respecto a este último aspecto es procedente recordar que la tipicidad objetiva de la rebelión, como delito de consumación anticipada y en concreto de resultado cortado, se satisface con la verificación de una conducta enderezada a la consecución de una finalidad determinada («los que se alzaren violenta y públicamente *para*»), sin que sea necesario que esta última se llegue a materializar. En todo caso, por exigencias del principio de ofensividad, la relevancia penal de los hechos debe supeditarse a la constatación de su idoneidad objetiva *ex ante* para alcanzar el resultado pretendido por los rebeldes (cifrado, por ejemplo, en la derogación o suspensión de la Constitución o en la independencia de una parte del territorio)⁶. En otro caso, si no ha concurrido violencia o lo ha hecho en un grado insuficiente, nos hallaríamos ante un intento inidóneo, carente de contenido lesivo relevante y atípico al menos desde la perspectiva del delito examinado. La Sentencia hace suyo ese planteamiento al señalar que «[...] no basta cualquier vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista» y que es con referencia al objeto de tutela, el orden constitucional, como debe valorarse «[...] si el comportamiento es efectivamente funcional para crear potencialmente un riesgo para ese bien jurídico» (p. 268).

Pues bien, por lo que se ha señalado, para valorar la viabilidad de la empresa rebelde resulta imprescindible contrastar su capacidad para poner en jaque el orden constitucional con la solidez del Estado para hacerle frente. Y es que las expectativas de triunfo del alzamiento violento son inversamente proporcionales —resulta obvio— a la robustez del orden legítimo para oponerle resistencia. El Estado (esto es, las personas investidas de la capacidad necesaria para la toma de decisiones) constituye un destinatario difícilmente influenciable y caracterizado por una capacidad de reacción muy lenta. Por eso, para resultar penalmente significativa la violencia ejercida debe implicar el recurso a medios de presión de una eficacia y virulencia tales que puedan ser capaces de doblegar la voluntad de las autoridades legítimas. En ese sentido, la doctrina penal ha propuesto como posible baremo para ponderar la idoneidad de la insurrección, que sea capaz de suscitar (sin que sea necesario que llegue a producirse) la declaración del estado de sitio para sofocarla, esto es, que el Estado precise de la fuerza militar para su neutralización (LO 4/1981, de 5 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio). Subsidiariamente, puede resultar también indicativo de su nivel de peligrosidad el dato de que la gestión de la crisis requiera la declaración de una «situación de interés para la seguridad nacional» en los términos de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional (Llabrés, 2019: 24 ss. y 52 ss.).

Aunque la Sentencia no recurre a dichos indicadores, sí destaca con vehemencia la «[...] absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en territorio catalán» (p. 268), que «[...] es claro que los alzados no disponían de los más elementales medios para, si eso fuera lo que pretendían, doblegar al Estado pertrechado con sus instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado» (p. 271), que «[...] el Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social» (p. 270) o que, en fin, «[...] bastó una decisión del TC para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que pretendían hacer efectivos los acusados» (p. 269)⁷. Incluso el Tribunal se recrea en la caracterización del *procés* como «quimera», «mera ensoñación», o «artificio engañoso» (p. 270), un alarde retórico que se sitúa más allá de lo necesario para afirmar la atipicidad de los hechos como delito de rebelión⁸. Tan es así que uno no puede dejar de preguntarse si concurrían en realidad indicios racionales suficientes para haber mantenido una acusación por rebelión durante todo este tiempo y las medidas cautelares que se derivaron de ella.

A la postre, el TS acaba por coincidir con el auto del OLG de Schleswig-Holstein de 5 de abril de 2018 cuando apuntaba, en el procedimiento de extradición de Puigdemont, que los actos de violencia «[...] no habrían sido aptos —como pone de manifiesto además el curso de los acontecimientos— para someter al Gobierno [español] a una presión tal que se hubiera visto obligado “a capitular ante las exigencias de los violentos”, y que «[...] contrariamente a lo que quizá podría considerarse según la legislación española, en Alemania el “poder de la multitud”, aparejado a toda aglomeración importante de personas, no sería apto por sí mismo para colmar el elevado nivel de violencia exigido en el 81 *StGB*» (FJ II 2 a).

Por mi parte, iría más allá: tomando en consideración la contundencia de los mecanismos de autodefensa de que dispone el Estado al tener en sus manos el monopolio de la violencia legítima, todo pulso lanzado por una intentona insurgente sin el recurso a las armas está abocado al fracaso.

Como he tenido ocasión de desarrollar extensamente de forma reciente, creo que existen argumentos de distinto orden que avalan la identificación de la rebelión con el ejercicio de una violencia de carácter armado⁹. El formalmente más contundente procede del único pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional sobre la figura delictiva analizada (STC 199/1987), en el que, al socaire de la parificación de su tratamiento penal y procesal con el del terrorismo (como formas más graves de criminalidad contra el sistema democrático), la rebelión queda caracterizada como una insurrección que «por definición» se lleva a cabo con armas. En cualquier caso, más allá de condicionamientos interpretativos de naturaleza gramatical, histórica o sistemática, el asidero más firme para exigir que concurra una violencia armada, como se ha dicho anteriormente, lo proporciona, en términos de lesividad, la ausencia de posibilidades de éxito (y, por ello, de afectación al bien tutelado) de una opción diferente. Y contra lo que se arguye con frecuencia, no constituye un escollo insalvable para la interpretación que se propone la existencia de una circunstancia agravatoria consistente en «esgrimir armas» (art. 473.2), eventualidad que, al implicar algo más que tenerlas los alzados simplemente a su alcance, puede cohabitar armónicamente con una modalidad básica de rebelión en la que no se llega a hacer un uso efectivo del armamento del que en todo caso se dispone¹⁰.

Es cierto, sin duda, que el hecho de que las posibilidades de triunfo del levantamiento se vinculen con su carácter armado implica una restricción considerable del universo de conductas penalmente relevantes. Pero ello no puede extrañar: no se pierda de vista que se trata de tutelar un bien jurídico difícilmente susceptible de ser puesto en peligro de un modo inquietante en las coordenadas geopolíticas en las que nos situamos. Esta elevación del umbral de relevancia típica se justifica asimismo por razones de proporcionalidad, en atención a la extraordinaria gravedad de la pena que el delito de rebelión lleva aparejada.

1.2. NI SIQUIERA CONSPIRACIÓN PARA LA REBELIÓN

No contiene la Sentencia referencia alguna al acto preparatorio de conspiración para la rebelión, del art. 477 en relación con el art. 472, más que para señalar, en las páginas previas al juicio de tipicidad, que afloró como calificación alternativa en algunas resoluciones emitidas a lo largo del proceso y, singularmente, en el ATS 31-10-2017 de admisión de la querrela contra la presidenta y otros cinco miembros de la Mesa del Parlament (FJ 4)¹¹. Aunque es cierto que no figurara la conspiración para la rebelión en las conclusiones definitivas de las acusaciones, habiéndose barajado esa opción en repetidas ocasiones a lo largo del proceso, entiendo que nada obstaba a un pronunciamiento del Tribunal para descartar su concurrencia, puesto que, al darse la preceptiva homogeneidad propia de las distintas etapas del *iter criminis* de un mismo delito, una eventual condena por dicho acto preparatorio no hubiese vulnerado el principio acusatorio.

Prescindiendo ahora del elemento subjetivo, la sanción por dicho acto preparatorio, una vez constatada la atipicidad de los hechos realmente acaecidos como rebelión consumada (por no revestir violencia alguna o no hacerlo con una intensidad suficiente), hubiera requerido comprobar la concertación de los acusados en fase preejecutiva para llevar a cabo una actuación manifiestamente distinta a la efectivamente realizada. A diferencia de esta última, para la conspiración punible haría falta probar que sus planes y *resolutio finis* sí se habrían proyectado sobre una conducta dotada de un grado de violencia bastante para que el alzamiento (solo planeado y finalmente no puesto en práctica de ese modo) pudiera ser tenido como objetivamente idóneo para alcanzar el fin perseguido (Llabrés, 2019: 58 ss.).

1.3. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA BASE DE UNA REBELIÓN CON PIES DE BARRO

Como avanzaba *supra*, de la acusación por rebelión ha dependido la adopción de dos medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales de los procesados. Una primera tan severa como la prisión provisional sin fianza (que en algunos casos se prolongó hasta el filo de los dos años)¹², justificada repetidamente tanto por parte del instructor como de la Sala de Apelaciones sobre la base exclusiva de la caracterización indiciaria de los hechos como dicho delito contra el orden constitucional.

No es posible ocuparse en este trabajo de la solidez de los motivos por los que se consideran concurrentes los requisitos del riesgo de fuga y, especialmente, de reiteración delictiva ni si se procedió a un examen suficientemente individualizado de aquellos en relación con cada uno de los investigados.

Y una segunda medida, sobre la que quisiera detenerme brevemente, puesto que legalmente se vincula de un modo específico al antedicho procesamiento por rebelión, que afecta al derecho fundamental de ejercer funciones y cargos públicos representativos del art. 23.2 CE. Se trata de la suspensión prevista en el art. 384 bis de la LECrim: al devenir firme el auto de procesamiento y decretada la prisión provisional «[...] por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o *rebeldes* que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión»¹³.

Pues bien, aun concediendo ahora, a efectos dialécticos, que pudiera resultar penalmente relevante una rebelión sin el concurso de armas (posición que no comparto: *vid. supra* y Llabrés, 2019: 23 ss.), entiendo que resulta de dudosa constitucionalidad la aplicación a este tipo de casos de la medida cautelar del art. 384 bis. Y ello por lo siguiente: la extensión a los rebeldes de la limitación de derechos fundamentales prevista expresamente por el art. 55.2 CE solo para las «bandas armadas o elementos terroristas» (plazo máximo de detención del art. 17.2 e inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones del art. 18.2 y 3, respectivamente), introducida en su momento en el art. 1.2.h de la LO 9/1984, de 26 de diciembre¹⁴, fue validada por el Tribunal Constitucional en la STC 199/1987 sobre la base del entendimiento de la rebelión como una insurrección armada (*vid. supra*). Efectivamente, por dicha razón «a tales rebeldes[...] *en cuanto integran el concepto de banda armada* del art. 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional» (FJ 4, énfasis añadido). Ese era el dato que autorizaba la parificación de la rebelión con el terrorismo como los más graves ataques imaginables al sistema democrático, y justificaba tal régimen, común a ambos, de excepcional restricción de derechos fundamentales¹⁵.

Así las cosas, no creo que pueda prescindirse de ese dato a la hora de interpretar el alcance de la medida contemplada en el art. 384 bis de la LECrim. Adviértase que la STC 71/1994, de 3 de marzo, que confirma su constitucionalidad¹⁶, no solo carece de referencia alguna al posible manejo para este supuesto concreto de una noción más amplia de rebelión que la que se había sostenido en la STC 199/1987 (y que, en consecuencia, permitiera considerar que una rebelión sin armas pueda ser incluida en el ámbito de aplicación del art. 384 bis), sino que remite constantemente a esta última resolución y, por consiguiente, al concepto de rebelión allí contenido. Y es que, habiéndose cifrado la razón del tratamiento equiparado entre rebelión y terrorismo en la peligrosidad que ambas formas de criminalidad comparten para el orden constitucional en atención a su común carácter armado (ese era el razonamiento de la STC 199/1987), resultaría incomprensible que, en el caso del art. 384 bis, para la limitación del derecho fundamental de participación política del art. 23 CE dicha igualdad obedeciera a motivos tan distintos que legitimara su expansión, en este caso sí, a un eventual supuesto de rebelión desarmada¹⁷. Por lo demás, esta última interpretación implicaría la absurda consecuencia de que la LECrim estaría operando con dos conceptos dispares de rebelión: uno estricto, circunscrito a la que cursa con armas, a la que se podrían aplicar las restricciones de derechos previstas en los art. 520 bis y 553, y, frente a este, uno amplio, para cualquier caso de rebelión, con armas y sin ellas, para la

medida del art. 384 bis (recuérdese que las tres proceden de la reforma operada por la LO 4/1988); una conclusión que se advierte aún más ilógica si se repara en que aquellas dos disposiciones se remiten a esta última («alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis» y «las acciones a que se refiere el artículo 384 bis», respectivamente), que es donde se introduce la referencia a un «delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». En resumen, aun en el caso de admitirse la relevancia típica de una rebelión sin armas, hipótesis con la que no comulgo, no podía aplicarse a este supuesto, y por tanto a los investigados en la Causa especial 20907/2017, la medida prevista en el art. 384 bis de la LECrim¹⁸.

Llama la atención, por último, que el tiempo de aplicación de dicha suspensión para el ejercicio de cargo público activada *ex art.* 384 bis de la LECrim no haya sido abonado para el cumplimiento de la pena de inhabilitación absoluta en el caso de los condenados a los que en su momento afectó¹⁹. El magistrado instructor acuerda comunicar al Parlament de Cataluña dicha suspensión en ATS 9-07-2018, por el que se declara concluso el sumario de la Causa especial 20907/2017 (confirmado en apelación por la Sala de Recursos mediante ATS 30-7-2018; aunque entiendo que la restricción del derecho debe considerarse efectiva a partir del momento en que adquiere firmeza el procesamiento por rebelión, esto es, con el auto de la Sala de Recursos de 26-06-2018, puesto que se trata de una suspensión automática *ex lege*).

Es más, esa privación del derecho de participación política ya se venía produciendo *de facto* mucho antes de que concurrieran los requisitos para la aplicación de la medida del art. 384 bis de la LECrim (procesamiento por rebelión y situación procesal de prisión provisional). En efecto, en el ATS 12-01-2018, el instructor declara «la incapacidad legal prolongada» de Junqueras, Sánchez y Forn (quien renunciaría a su acta de diputado unos días después), ligada a su situación de prisión provisional, «para cumplir el deber de asistir a los debates y votaciones del Parlamento de Cataluña» —con la denegación de los permisos extraordinarios correspondientes—, e indicando sorprendentemente a la Mesa del Parlament, por otra parte, el camino a seguir en esa tesitura: la activación de un mecanismo de delegación de voto no previsto en su Reglamento para situaciones de este tenor. En la misma situación se encontrarán posteriormente Turull, Rull y Romeva desde que, siendo diputados autonómicos, se acuerda su prisión preventiva en ATS 23-03-2018. Esa situación, al margen de su incidencia para la conformación de mayorías en la asamblea legislativa, impidió hasta dos investiduras consecutivas de presidentes de la Generalitat para las que habían sido propuestos como candidatos los en ese momento investigados Sánchez y Turull. Suscita dudas la solidez de la cobertura jurídica de ese adelantamiento de idénticas consecuencias a las previstas en el art. 384 bis de la LECrim a una etapa de la instrucción previa a la firmeza del auto de procesamiento, dudas acrecentadas por la posible existencia de alternativas que hubieran permitido la conciliación de la situación de prisión preventiva con el ejercicio de derechos políticos de representación.

Interesa destacar, a este respecto, que la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no comprende únicamente el acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, sino también su desarrollo o ejercicio y la permanencia en tales cargos representativos (*vid.*, por todas, STC 298/2006, 23-10, FJ 6). De modo que deben considerarse materialmente equiparables en cuanto a las consecuencias gravosas que generan para el titular de aquel

derecho la privación definitiva del cargo público que comporta la imposición de una pena de inhabilitación absoluta, por una parte, y la suspensión de su ejercicio ocasionada por la previsión del art. 384 bis de la LECrim, por otra (y probablemente incluso, de acuerdo con lo antedicho, con el impedimento fáctico de dicho ejercicio a causa de la «incapacidad legal prolongada» acordada en un momento anterior por el magistrado instructor). Por dicha razón, no se alcanza a entender por qué no se han aplicado a las penas de inhabilitación absoluta las reglas de abono previstas en el art. 58.4 CP en relación con las privaciones de derechos acordadas cautelarmente, del mismo modo que sí se ha hecho con respecto a las penas de prisión en el supuesto del tiempo de prisión provisional padecido (p. 488); máxime cuando, incluso en el caso de considerar que la inhabilitación, como pena impuesta, y la suspensión (y eventualmente la previa suspensión *de facto*), como medida cautelar sufrida, fueran de distinta naturaleza, podría haberse recurrido al mecanismo de compensación previsto en el art. 59 CP: debe tenerse por ejecutada la pena «en aquella parte que [se] estime compensada».

2. LA CONDENA POR SEDICIÓN

Una vez descartada la concurrencia del delito de rebelión, la Sentencia aborda en, sorprendentemente, escasísimas páginas (pp. 283-285), y resuelve afirmativamente, si los hechos juzgados responden a los contornos del delito de sedición del art. 544 CP (que requiere que los autores «[...] se alcen pública y tumultuariamente para 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»). Se trata de una figura delictiva que pocas veces ha llegado a los tribunales en la España democrática, cuya derogación ha venido siendo reclamada por la doctrina desde hace años por razón de sus antecedentes y sesgo autoritarios y que carece de referentes homologables en el Derecho comparado más cercano²⁰.

2.1. ¿UN ALZAMIENTO PROLONGADO EN EL TIEMPO?

No queda nada claro a qué concretos hechos atribuye exactamente la Sentencia la calificación de sedición. Si se trató de un alzamiento prolongado en el tiempo, incluso durante años, que alcanza su punto álgido en el otoño de 2017 o si, por el contrario, se restringe a los incidentes registrados en los días 20-S y 1-O (y, en este último caso, si constituyó un alzamiento que abraza esas dos jornadas aisladamente o toda la secuencia de días previos al referéndum o, incluso, si hubo dos alzamientos, como llegó a mantener la acusación popular).

Por una parte, en ocasiones se habla de «proceso sedicioso» (pp. 301, 391 o 477). Es decir, parece identificarse la sedición con el mismo *procés* independentista («todo es sedición»), al menos en la etapa que transcurre desde abril de 2015, cuando los partidos

políticos y organizaciones civiles secesionistas acuerdan su hoja de ruta (p. 36) y, ya tras las elecciones de 27-S-2015, empieza a fraguarse el andamiaje normativo que había de hacer posible la independencia de Cataluña. En la Sentencia se cifra, en este sentido, «la actividad penalmente típica» en la «[...] derogación de hecho de leyes vigentes y válidas a sustituir por no válidas y la movilización de ciudadanos para comportamientos tumultuarios obstativos de la ejecución de órdenes jurisdiccionales» (p. 298), como si ambos aspectos, yuxtapuestos, formarían parte conjuntamente de la sedición, en una secuencia unitaria y prolongada en el tiempo.

Donde resulta más acentuado ese entendimiento es en el «juicio de autoría» de Forcadell, cuando, tras señalar que su contribución al delito de sedición fue palmaria (p. 320), arranca el relato de dicho aporte en la resolución 1/XI del Parlament, de 9-11, sobre el inicio del proceso para la creación de un estado catalán independiente en forma de república, de noviembre de 2015, y culmina no en las leyes aprobadas los días 6 y 7 de septiembre que harían posible la convocatoria y celebración del referéndum del 1-O, sino, incluso, en su actuación en el pleno de 27 de octubre de declaración de independencia (en fase de agotamiento del delito de rebelión, pero carente de significado para la sedición, a pesar de que se cataloga como «una actuación relevante de la acusada», p. 326). Por eso, se aduce, «[...] lo fundamental de cara a sustentar la tipicidad de su conducta es que permitió que todas las resoluciones que hemos analizado se admitieran a trámite y fueran objeto de votación, en contra de los continuos y sucesivos requerimientos del Tribunal Constitucional» (pp. 326-7). Y eso es efectivamente lo que se destaca en exclusiva para motivar la pena que se le impone (p. 480).

Ese ensanchamiento del lapso de tiempo en que se entiende ejecutada la sedición se percibe igualmente en otros casos, como cuando se indica que «[...] la autoría en el delito de sedición por el que ha sido acusado el Sr. Turull no se contrae a quien se suma a un alzamiento tumultuario con las finalidades previstas en el tipo penal, también se colma cuando se ponen las condiciones precisas para ese alzamiento» (pp. 339-40). O, en fin, en ese mismo sentido, véase lo que se atribuye a Junqueras en la convocatoria y organización del referéndum del 1-O (pp. 302 y ss.) para fundamentar su dominio del hecho sobre el «proceso sedicioso».

Esa lógica explicaría asimismo que se utilicen las categorías de la coautoría sucesiva o adhesiva para fundamentar la responsabilidad de algunos condenados que se incorporan a la dinámica sediciosa a lo largo de esos años, lo cual equivale a considerar que los hechos típicos ya se habrían empezado a ejecutar por parte del resto de coautores en ese momento. Es lo que sucede, por ejemplo, en los casos de Turull o Forn, que son nombrados consellers en julio de 2017 (p. 340 y 371, respectivamente, aunque en el caso del segundo se aborda la cuestión desde la perspectiva del dolo del coautor aditivo en relación con los actos ya ejecutados), o incluso de Sánchez, quien asume la presidencia de la ANC en mayo de 2015! (p. 383). Claro que si eso fuera correcto, se abriría una contradicción con la consideración que merecen para el TS las actuaciones de los consellers que abandonan el Govern, siendo sustituidos a lo largo de la legislatura (por ejemplo, en julio de 2017): ¿se trata de supuestos de desistimiento activo en la ejecución de una sedición ya iniciada y, en caso afirmativo, habrían realizado todo lo necesario, según el art. 16.3 CP para los casos de codelincuencia, para considerarlos eximidos de toda responsabilidad?

En definitiva, innumerables referencias invitan a pensar que el TS identifica la sedición con el *procés* independentista como un todo, esto es, se trataría de todo el ilegal proceso de

desconexión del ordenamiento jurídico español para la implantación de una nueva legalidad que había de permitir la constitución de Cataluña en un Estado independiente. De modo que la sedición no consistiría, en consecuencia, en intentar impedir la aplicación de *una concreta ley* o el cumplimiento de *una determinada resolución judicial*, sino en buscar la pérdida de validez de toda la legislación vigente y en hacer inefectivas las legítimas órdenes judiciales desactivando la potestad jurisdiccional de jueces y magistrados en Cataluña. Lo ocurrido en septiembre y octubre de 2017 no constituiría más que el momento culminante, el colofón, de una sedición dilatada en el tiempo.

Sin embargo, esa interpretación resulta incompatible con el principio de legalidad, porque olvida que en la formulación típica del art. 544 CP la sedición queda caracterizada como un delito de medios determinados. Efectivamente, no es suficiente oponerse a la aplicación de una ley o al cumplimiento de una resolución judicial de forma ilícita («fuera de las vías legales»), sino que debe hacerse a través de un «alzamiento tumultuario». Y entiendo que el carácter tumultuario (sobre su significado *vid. infra*) resulta estructural al alzamiento (del mismo modo que lo es la violencia en la rebelión): es el modo en que cursa dicho alzamiento, no una pincelada episódica, ni siquiera su culminación final. Si esto es así, no se pueden utilizar los incidentes que tuvieron lugar en las calles de Cataluña durante esos dos días de otoño para teñir de tipicidad sediciosa todo lo ocurrido en los meses y años precedentes, en una suerte de *totum pro parte*.

Que toda esa forzada construcción (que desborda lo que al menos hasta ahora se había entendido por «alzamiento tumultuario») no tiene ningún fundamento se revela con meridiana claridad en el juicio de tipicidad por el delito de sedición (pp. 275-285, aunque en su mayor parte contienen consideraciones genéricas sobre la figura delictiva, dedicándose tres páginas, pp. 283-285, a la subsunción de los hechos objeto de juicio en ese delito). Y es que, para dicho análisis, la secuencia de hechos estudiada se contrae correctamente a los incidentes acaecidos durante las jornadas de 20-S y 1-O, y no se contiene referencia alguna a lo que ha tenido lugar en etapas anteriores. Resulta revelador, en este sentido, que se adjective la del 1-O como «la movilización *genuinamente* sediciosa» (p. 381).

2.2. ¿QUÉ OCURRIÓ HASTA EL 19 DE SEPTIEMBRE?

Si detuviéramos la secuencia de los hechos en las vísperas del 20-S, nos encontraríamos con conductas que solo resultan penalmente relevantes a la luz del delito de desobediencia. Efectivamente, no es posible interpretar un *procés* que se había prolongado a lo largo de varios años como un delito de sedición antes de haber hecho asomo el alzamiento tumultuario. A este respecto, conviene recordar que la construcción de la arquitectura normativa que permitiría la celebración de un referéndum de autodeterminación constituía una conducta desinclinada desde el año 2005 precisamente apelando al principio de insignificancia²¹.

El delito de convocatoria ilegal de referéndum castigaba a la autoridad o funcionario público que «[...] careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, *convocare o autorizare* la convocatoria de [...] consultas populares por vía de referéndum» con una pena de hasta cinco

años de prisión (art. 506 bis.1). Por su parte, a quien lo «[...] *facilite, promueva o asegure* [...] una vez acordada la ilegalidad del proceso» se le sancionaba con una pena de hasta tres años tratándose de autoridad o funcionario público (art. 506 bis.2) y con una pena alternativa de prisión de hasta un año o multa en el caso de particulares que realizaran estas mismas conductas o participaran en su celebración como interventores (art. 521 bis).

Se trata de unos delitos derogados (LO 2/2005, de 22 de junio) solo un año y medio después de su entrada en vigor (LO 20/2003, de 23 de diciembre) por razones diáfanas. Según se lee en la exposición de motivos, se trata de conductas «[...] que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal. Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal [...] En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos». Y esto último es precisamente lo que ocurrió con el referéndum del 1-O, como recuerda oportunamente el TS al señalar que «[...] bastó una decisión del TC para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que pretendían hacer efectivos los acusados» (p. 269).

En la Sentencia objeto de comentario, el TS tiene razón cuando señala que la despenalización de estas conductas no equivale a la atipicidad de los hechos si pueden ser reconducidos a otras tipologías delictivas: «La convocatoria de un referéndum, sin atender los requerimientos del Tribunal Constitucional advirtiendo de la ilegalidad de esa iniciativa, trascenderá siempre al Derecho penal» (pp. 225, 345-6, o 381). Ciertamente, se trata de una conducta que puede reunir las características propias de un delito de desobediencia cometida por autoridad o funcionario público del art. 410.1 CP, sancionado con pena de inhabilitación absoluta y multa. Ese fue, en definitiva, el delito por el que se condenó a los promotores de la consulta del 9-N de 2014. Efectivamente, ya entonces apuntó el TS que el hecho de «[...] que la orden concreta que se desatiende se refiera a una conducta no delictiva *per se* no desvanece el tipo penal [de desobediencia]» (STS 722/2018, de 23-1-2019, FJ 17, que confirma en casación la STSJ de Cataluña 13-3-2017, que condena por desobediencia a Mas, Ortega y Rigau; *vid.* también la STS 177/2017, de 22-3, en el caso del aforado Homs).

También puntualizó el TS en esa ocasión que el contenido de injusto de los hechos venía conformado no por la realización de la consulta en sí, puesto que la antijuridicidad no nacia del contenido concreto del mandato del Tribunal Constitucional, sino exclusivamente por la desatención a su requerimiento de suspensión de la consulta. Dicho de otro modo: «[...] es esto lo delictivo, y lo es con independencia de que el asunto al que se refiere el mandato no tenga por sí mismo —que no la tiene en principio— relevancia penal». Y, lógicamente, si convocar o promover un referéndum ilegal no es delito, tampoco puede serlo llamar a la ciudadanía a participar en él.

Es más, si el referéndum del 1-O hubiera llegado a celebrarse sin incidentes, continuaríamos estando solo ante un delito de desobediencia. Imaginemos por un momento que,

tal como ocurrió en 2014, no se hubiera producido intervención alguna por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad para impedir su celebración (a la vista de que se trataba de una consulta suspendida y sin efectos jurídicos) y no se hubieran registrado, por consiguiente, enfrentamientos de los agentes con los ciudadanos que habían acudido a votar a los colegios electorales²². Incluso si dos días después de la celebración del referéndum, habiéndose contabilizado más votos positivos que negativos y en aplicación de lo previsto en la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, reguladora del referéndum de autodeterminación, el Parlament de Cataluña hubiera efectuado la declaración formal de independencia y el inicio del proceso constituyente, continuaría concurriendo únicamente un delito de desobediencia.

En este punto no puede olvidarse que, cuando durante la tramitación parlamentaria de lo que se convertiría en el CP de 1995 se añadió el adverbio «violentamente» al alzamiento propio de la rebelión, no faltaron voces que alertaron de que precisamente este tipo de hechos dejaban de ser delictivos por sí mismos. En realidad, la incorporación en el último momento de la apelación a la violencia no alteraba el panorama en demasía, puesto que un cierto grado de violencia debía darse por sobreentendido en un alzamiento rebelde. Lo importante para lo que aquí interesa es que atrás habían quedado la rebelión sin alzamiento o impropia del antiguo 217.1, que castigaba el intento de hacer realidad alguno de los fines propios de la rebelión sin alzarse contra el gobierno, sino con medios ilegales pero no violentos («por astucia o fuera de las vías legales»), o, quizá más específicamente, el art. 217.3, que incriminaba atentar, *en forma diversa* a la prevista en otros preceptos, «[...] contra la integridad de la nación española o la independencia de todo o parte del territorio». A propósito de todo ello, el portavoz de justicia, luego ministro, del grupo parlamentario popular, Trillo-Figueroa, llegó a exclamar que «[...] declarar la independencia de una parte del territorio nacional [*scil.* por parte de un Parlamento autonómico] debe ser delito»²³.

Así pues, si celebrar un referéndum de independencia e incluso declararla son conductas penalmente intrascendentes *de lege lata*, neutralizables por vías diferentes a la penal, más allá del contenido de injusto propio de la desobediencia ante la desatención al mandato de no hacerlo (sancionada con una pena de multa e inhabilitación absoluta), ¿qué ocurrió en las calles de Cataluña los días 20-S y 1-O que convierte a los líderes independentistas en autores de un delito de sedición y merecedores de penas de hasta quince años de prisión?

Otra cosa es que todo lo que haya tenido lugar con anterioridad al alzamiento tumultuario pueda ser entendido como una etapa preparatoria de la ejecución del delito de sedición que habría tenido lugar en otoño de 2017: bien como una conspiración para la sedición (aquí haría falta que los intervinientes pudiesen ser considerados posteriormente coautores, en fase ejecutiva), bien como una provocación para la sedición (por ejemplo, en relación, en concreto, con el referéndum del 1-O), caso de concurrir los requisitos propios de dichos actos preparatorios punibles, en especial una *resolutio finis* que abarcara el alzamiento tumultuario. Pero si ese fuera el caso, tratándose de un *procés* público y dilatado en el tiempo, resultaría inexplicable la falta de reacción del Ministerio Fiscal ante unos hechos expresamente castigados en el art. 548 CP²⁴.

2.3. ¿DÓNDE RESIDE LA LESIVIDAD DE LO OCURRIDO LOS DÍAS 20-S Y 1-O?

Parece evidente que lo que imprime gravedad a los hechos a los ojos del Tribunal rebasa con creces lo que sería una mera oposición a la ejecución de dos resoluciones judiciales y, por tanto, una exclusiva cuestión de orden público. Esa conclusión se infiere con toda claridad cuando se manifiesta explícitamente que «[...] lo que es *objeto de reproche penal*, y así lo hemos declarado probado, es haber pulverizado el pacto constitucional y hacerlo mediante la aprobación de leyes en abierta y contumaz desatención a los requerimientos del Tribunal Constitucional» (pp. 243-4, énfasis añadido). O cuando el Tribunal reitera: «Lo que se sanciona, en fin, no es opinar o defender una opción rupturista, sino definir una legalidad paralela de corte constituyente y movilizar a una multitud de ciudadanos para oponerse a la ejecución de decisiones legítimas, celebrando un referéndum declarado ilegal por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuyo resultado era la condición necesaria para la entrada en vigor de la ley de transitoriedad, que implicaba la definitiva ruptura de la estructura del Estado» (p. 244).

Son constantes las referencias en esa dirección a lo largo de la Sentencia: «conductas de aniquilación del pacto constitucional» (p. 242), «destrucción del pacto constitucional» (p. 225), «derogación de facto —impuesta— de los principios constitucionales, en un determinado territorio, en unas determinadas fechas» (p. 391), «derogación fáctica del sistema normativo vigente» (p. 348), «intento de derogación de la legislación válida vigente» (p. 285), «reemplazar las bases del sistema constitucional español» (p. 301), «creación de una legalidad de ruptura con las bases de nuestro sistema jurídico» (p. 384), «destruir las bases fijadas por el poder constituyente» (p. 225), «ataque concertado a las bases constitucionales del sistema», «se violentan los pilares básicos del pacto constitucional» (p. 210), etc.

De este modo, parece que con la sedición se opera como si en realidad se tratara de un delito contra el orden constitucional extraviado en un título distinto del CP, resucitando con ello su antigua caracterización como una «rebelión en pequeño» y dando sentido a la equívoca cláusula de subsidiariedad expresa que contiene el art. 544 CP. En principio, es evidente que los sujetos activos de un delito de sedición tendrán una finalidad última que les impulse a llevar a cabo los concretos actos sediciosos. Y, en efecto, eso es lo que precisamente parece tener en cuenta el Tribunal: las finalidades del delito de rebelión (derogación de la Constitución y declaración de independencia), mediatamente buscadas a través de la comisión de un delito de sedición, resultan determinantes para valorar la gravedad de las conductas de los acusados²⁵. Sobre este punto cabe decir lo siguiente:

a) En primer lugar, aunque fuera relevante esa finalidad última (ruptura del orden constitucional) a la que mediatamente se tendería con la comisión de un delito de sedición, habría que concluir que, desde dicha óptica de tutela del orden constitucional, las conductas enjuiciadas carecen de toda lesividad, como el propio Tribunal se ha esforzado en subrayar con toda contundencia. En efecto, a la hora de referirse, en relación con el delito de rebelión, a la absoluta falta de idoneidad de la intentona para alcanzar exitosamente el objetivo pretendido, se constata que «[...] el Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social» (p. 270) o, especialmente, que «[...] es claro que los alzados no disponían de los más elementales medios para, si eso

fuera lo que pretendían, doblegar al Estado pertrechado con sus instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado» (p. 271). Es importante retener este último pasaje, pues el Tribunal se refiere a los incidentes acaecidos en la jornada del referéndum del 1-O como *asonadas inocuas* (una asonada, término aquí muy procedente, es una «reunión tumultuaria y violenta para conseguir algún fin, por lo común político», según la primera y única acepción del *DRAE*). Esto es, para ese bien que trascendería al orden público, que se aproxima o incluso identifica con el orden constitucional, lo que ocurrió en las calles de Cataluña el 1-O fue irrelevante.

b) Pero es que, además, para excluir el elemento subjetivo de la rebelión (*vid. supra*), el Tribunal también ha dejado claro que los acusados no perseguían directamente, a través del alzamiento, la consecución de la independencia y, a la vez, la «anihilación del pacto constitucional». Si lo que pretendían los alzados era presionar al Gobierno para una ulterior negociación que abriera el paso a un referéndum pactado susceptible de homologación (pp. 357-8), difícilmente puede tratarse a la vez de una ruptura unilateral del orden constitucional.

c) Por último, en todo caso, no puede ser ese propósito último (alcanzar la independencia de una parte del territorio), propia de la rebelión, la que por sí sola dote de gravedad al alzamiento sedicioso, puesto que de este modo terminaría por castigarse por el ánimo, criminalizándose ilegítimamente una ideología. Y es que, si el ordenamiento constitucional español no responde al modelo de «democracia militante», al no exigir una adhesión positiva de la ciudadanía, y «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional», está claro que las concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional para hacer posible la secesión tienen perfecta cabida en nuestro ordenamiento. Eso sí, siempre que su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos legales de reforma de la Constitución (STC 42/2014, de 25-3, FJ4C). Lo determinante serán, por consiguiente, los *medios comisivos* ilegales a través de los cuales se pretende conseguir esa finalidad legítima. De modo que es cierto que «[...] la ruptura de las bases constitucionales y del marco normativo que hace posible el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no puede resultar indiferente al Derecho penal» (p. 320), pero únicamente cuando «[...] para su derribo se acuda a medios ejecutivos penalmente desaprobados» (p. 215). Constatado que no concurren los medios comisivos propios de un delito de rebelión (*vid. supra*), resta por comprobar si se han dado los requeridos por el tipo de la sedición.

Llegados a este punto, lo que debe valorarse en nuestro caso es la intensidad de la perturbación del orden público que se registró los días 20-S y 1-O en Cataluña con el intento de impedir el cumplimiento de dos órdenes jurisdiccionales, sin que el propósito último buscado por los supuestos alzados (la independencia) cumpla ningún papel. ¿Y qué ocurrió realmente esos días en las calles de Cataluña?

2.4. ¿HASTA EL PUNTO DE CONSTITUIR UN DELITO DE SEDICIÓN?

Por lo que respecta al 20-S (*vid.* pp. 266 y 284-5, y los hechos probados de las pp. 43 y ss.), se asegura que, debido al ambiente coactivo e intimidatorio originado por la multitudinaria concentración de ciudadanos que se encontraba frente la Conselleria d'Economia, el registro que se estaba llevando a cabo por orden judicial no pudo cumplirse «con normalidad». La razón es que los investigados no pudieron ser trasladados al inmueble en cuestión para presenciarlo personalmente (una deficiencia que, en todo caso, no parece determinante para la plena validez del registro) porque, debido a la alta concentración de personas, se demoró la salida de la comitiva judicial y, en concreto, la letrada de la Administración de Justicia, que sintió miedo, tuvo que salir de la Conselleria a través del edificio colindante. No se produjo ninguna detención (*vid.* también pp. 360, 371 o 378 ss.). Parece que la realización del registro efectivamente se obstaculizó y que por eso no pudo cumplirse «con normalidad», pero no queda claro si se intentó «impedir», única acción inculpada en el art. 544 CP.

Por lo que respecta al 1-O, se recoge en los hechos probados que «[...] en diversos lugares de la geografía catalana se produjeron enfrentamientos entre miembros de las fuerzas de seguridad y ciudadanos que participaban en la emisión de voto, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes» y que, al haber optado los votantes por formar grupos compactados que protegían los centros, los agentes se vieron obligados al uso de la fuerza, de modo que «[...] el enfrentamiento entre policías y ciudadanos derivó en lesiones que, en numerosos casos, exigieron asistencia facultativa» (pp. 53-4). En el juicio de tipicidad se concreta que se trató de aglomeraciones de personas «[...] impermeables a cualquier requerimiento» que practicaban distintas «fórmulas de resistencia», «si se quiere, resistencia *no violenta*» (pp. 283-4). No se menciona expresamente en los hechos probados la existencia de incidentes provocados por conductas activas de los votantes. Solo en el juicio de autoría relativo a Cuixart se alude a que la resistencia pasiva «[...] como ha quedado acreditado por las pruebas testificales y los vídeos exhibidos, no pocas veces se mutaba en activa» o que se registraron «esporádicos pero reales episodios de agresión» (pp. 389 o 398-9). Llama la atención el tono genérico con que se alude a esos incidentes, a diferencia de lo que sucedía en la querrela o en distintos autos dictados en fase de instrucción en los que se enumeraban puntualmente esos actos de forma detallada. Tampoco se produjo durante el 1-O ninguna detención. En este caso sí puede afirmarse que la ciudadanía trataba de impedir el cumplimiento de una orden judicial que ordenaba a las fuerzas y cuerpos de seguridad la paralización de la celebración de un referéndum sin efectos jurídicos, suspendido (providencia del TC de 7-9-2017) y posteriormente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 122/2017, de 31-10).

Pues bien, para el Tribunal Supremo eso es suficiente para considerar que los hechos juzgados son constitutivos de un delito de sedición del art. 544 CP, para cuya tipicidad no sería necesaria la violencia (pp. 280 y 282); ni siquiera se requeriría el uso de «fuerza», esto es, de violencia física o compulsiva (y ni siquiera sobre las cosas), sino que bastaría con que los hechos se produjeran a través de «[...] modos fuera de las vías legales, es decir, que se desarrollan de manera ilícita, ilegítima o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación, protesta, disenso o de disconformidad que la ley permita, arbitre o prescriba» (p. 281). De modo que bastaría con «[...] una actitud de abierta oposición al normal funcionamiento del sistema jurídico, constituido por la aplicación efectiva de las leyes y la no obstrucción a la efectividad de las decisiones de las instituciones» (p. 282).

Los hechos devienen típicos «[...] cuando del simple requerimiento [por parte de la Policía] a quienes permanecían aglomerados y compactados se pasa al necesario intento de anular su opo-

sición» y «[...] también cuando los agentes tienen que claudicar y desistir de cumplir la orden judicial de que son portadores ante la constatada actitud de rebeldía y oposición a su ejecución por un conglomerado de personas en clara superioridad numérica», e «[...] igual significación penal hay que atribuir al anuncio por los congregados de una determinada actitud de oposición a posibilitar su actuación, incluso mediante fórmulas de resistencia» (p. 283). Esa negativa es por sí apta e idónea para colmar las exigencias típicas de la sedición, «aunque no se diese un paso más».

Es cierto, como se ha señalado reiteradamente en las primeras aproximaciones doctrinales a la Sentencia, que la formulación típica de la sedición no resulta respetuosa con el mandato de taxatividad, puesto que, concretando poco, se abarca mucho. Por eso no puede acogerse una interpretación puramente literal que desatienda criterios de lesividad —hasta qué punto debe verse perturbado el orden público— y proporcionalidad —para hacerse merecedor de un marco penal tan severo—.

Apelar a la cláusula «fuera de las vías legales» para rebajar el umbral de la sedición hasta la cota de la mera resistencia pasiva, entendiendo suficiente para la relevancia típica el hecho de mostrar una «actitud de abierta oposición al normal funcionamiento del sistema jurídico», no parece conciliable con dichos principios. Fundamentalmente porque no se puede interpretar la expresión «fuera de las vías legales» de forma aislada, sino solo a partir de su inserción en una descripción de la conducta punible que pivota sobre el verbo típico de alzarse tumultuariamente.

Y alzarse tumultuariamente tiene que significar algo más que actuar ilegalmente. Entre otras razones porque de otro modo resultaría prácticamente imposible distinguir entre el ámbito de aplicación del art. 544 CP y el del art. 36.4 de la LO 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que cataloga como infracción grave «[...] los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan *al margen de los procedimientos legalmente establecidos* y no sean constitutivos de delito» (como se ha dicho, una especie de «sedición sin alzamiento»). Si puede fungir «fuera de las vías legales» con «al margen de los procedimientos legalmente establecidos», ¿qué convierte una obstrucción al cumplimiento de una resolución judicial en el más grave delito contra el orden público, castigado con penas de hasta quince años de prisión y lo diferencia de una simple infracción administrativa contra la seguridad ciudadana (clasificada como «grave», no como «muy grave») sancionada con una multa?, ¿qué dota a los hechos de la necesaria gravedad para pasar por encima del resto de tipos penales contra el orden público (desobediencia, resistencia, atentado, desórdenes públicos) y, sobre todo, de la sedición atenuada del art. 547, para ser directamente subsumidos en el delito más grave?

Siempre se había asociado al carácter tumultuario propio del alzamiento un componente de «hostilidad», que se concretaba en la exigencia de una cierta violencia, al menos entendida como intimidación grave, e incluso algún tipo de acometimiento, esto es, una conducta activa (más acorde gramaticalmente, por cierto, con el significado propio del término «alzarse» que la simple pasividad). En ese sentido, salvo error por mi parte, no hay constancia de la aplicación del delito de sedición a supuestos de mera resistencia pasiva.

Prescindir de esa consideración, entendiendo que las vías de hecho pueden cobijar cualquier actitud pacífica de simple resistencia, vacía de contenido ese requisito típico y, a la vez, resulta perturbador desde un punto de vista puramente sistemático. Efectivamente, no se puede desatender el dato de que figuras delictivas de menor trascendencia para el orden público exigen la concurrencia de violencia o intimidación grave, como ocurre, por ejemplo, en el delito de atentado a la autoridad (art. 550.1), o violencia sobre personas o cosas o amenaza de llevarla a cabo, como es el caso de los desórdenes públicos (art. 557.1). O que, cuando se hace uso de armas o la violencia resulta peligrosa para la vida o integridad física, ello de pie a subtipos cualificados de ambos delitos (551 y 557 bis, respectivamente) para los que se prevén penas notablemente inferiores a las propias de la sedición. O que, en fin, tratándose de resistencia, solo se asimila a las formas violentas de atentado la que puede catalogarse de grave (art. 550), en principio, la activa, dejándose en cambio la pasiva para el tipo de desobediencia (art. 556). Entonces, ¿qué características debe reunir la conducta sediciosa para hacerse acreedora de un marco penal tan elevado?

No debiera serlo el número plural, incluso masivo, de personas que protagonizan esa resistencia pasiva, puesto que de otro modo se confundiría «tumultuario» con «multitudinario». Y, sin embargo, ese parece ser el entendimiento del Tribunal al señalar que «[...] una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes que quizás podrían derivarnos a otras tipicidades», pero ante un «[...] levantamiento *multitudinario, generalizado y proyectado* de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición» (p. 283). Ese razonamiento parece difícilmente conciliable con el respeto a unos derechos fundamentales, los de reunión y manifestación del art. 21 CE, que se ejercen de manera colectiva, y puede acabar convirtiendo en delitos lo que no son más que actos de protesta ante la actuación de un poder público (por ejemplo, en este caso, un registro judicial del que se discrepa) o de reivindicación política de una determinada posición ideológica (así, a través de una votación simbólica y sin efectos jurídicos). Y ese es un problema al que la Sentencia dedica una atención insuficiente (pp. 244-6) y no resuelve de un modo convincente²⁶. Se percibe, además, algo de petición de principio cuando se descarta que lo que ocurrió en Cataluña pudiera constituir el ejercicio legítimo de un derecho fundamental porque se hallaría «fuera de las vías legales», pues es eso precisamente lo que se trata de fundamentar. Cabe preguntarse, en este sentido, hasta qué punto los actos de resistencia pasiva no violenta no podrían ser entendidos como excesos tolerados en el ejercicio del derecho fundamental (aunque ilícitos no sancionados, o, aun sancionados, no necesariamente constitutivos de delito) en aras de no provocar en la ciudadanía el denominado «efecto desaliento» a la hora de ponerlos en práctica.

Se echa en falta, en fin, una fundamentación más detallada de las razones por las que los incidentes de los días 20-S y 1-O atentaron contra el bien jurídico protegido, el orden público, de un modo tan grave como para poder ser calificados de sedición y merecedores de las penas tan elevadas que este delito lleva aparejadas, teniendo en cuenta que lo que se registró fueron mayoritariamente conductas de resistencia pasiva no violenta (los puntuales acometimientos activos resultan tan prescindibles para el Tribunal a la hora de construir la sedición que ni siquiera se toma la molestia de indagar si serían subjetivamente imputa-

bles). ¿Se produjo una perturbación tan extraordinaria del orden público como para que el TS ni siquiera se detenga a examinar si resultarían de aplicación no ya otras tipologías de delitos contra el orden público, sino incluso el tipo atenuado de la misma sedición (art. 547), que castiga con penas inferiores en uno o dos grados cuando «[...] la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública y no haya tampoco ocasionado la perpetración de otro delito»? Recuérdese, en este sentido, que el Tribunal da por sentado (*vid. supra*) que «[...] el Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social» o que los hechos protagonizados por los condenados no constituyeron más que «inocuas asonadas» (p. 270).

2.4. LA DEFICIENTE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El juicio de autoría (pp. 297 y ss.) constituye sin duda la parte más cuestionable de la Sentencia por la sorprendente parquedad con la que aborda la individualización de la responsabilidad de los condenados y por un conjunto de inferencias que a menudo parecen no sustentarse en los hechos declarados probados. Se parte de la idea de que el delito resultaría objetivamente imputable a los acusados en régimen de coautoría, pero más allá de vacuas referencias a un «condominio funcional» de los hechos, no quedan identificados con la suficiente precisión ni los términos del mutuo acuerdo al que habrían llegado los intervinientes (y por qué esas personas y no otras) ni la concreta contribución que habría realizado cada uno (y el peso que tuvo dicho aporte) en la ejecución del proyecto común.

a) En efecto, por una parte, desconocemos los términos del acuerdo expreso y precedente al que habrían llegado en su momento los coautores (con las adiciones sucesivas posteriores) para la comisión conjunta de un delito de sedición. Se da por sentado que «[...] la estrategia de conductas penalmente típicas que cada uno de ellos asumió, se enmarcan en una decisión compartida, *ab initio* o de manera sobrevenida» (p. 298), pero no se ofrece ningún detalle al respecto más allá de considerar probado que «[...] el día 30 de marzo de 2015 se formalizó el concierto de actuación ilegal mediante el acuerdo de una *hoja de ruta*» (p. 36; aunque en la p. 42 se alude a «distintas hojas de ruta» y en la querella y la instrucción se había dado una importancia extraordinaria a un documento, de factura desconocida, titulado *Enfocats*, que no hace acto de presencia en la Sentencia condenatoria). Se trata del *Full de ruta unitari del procés sobiranista català*, firmado por representantes de los partidos políticos y las entidades cívicas independentistas. Pero lo único que se contempla en dicho acuerdo es el inicio de un proceso que, tras las elecciones plebiscitarias del 27-S de ese año, debía conducir en un plazo de dieciocho meses a la proclamación de la independencia del nuevo Estado. Para ello se preveía la apertura de negociaciones con el Estado español y con instancias internacionales, y la necesaria convocatoria de un referéndum vinculante, como culminación del *procés*, que, por cierto, se esperaba poder negociar con el Estado («actitud expectante respecto de la alternativa de un referéndum vinculante por parte del Estado español sobre la independencia de Cataluña»). Por cierto, en la Sentencia se reconoce, recogiendo la declaración del president Mas en el juicio oral,

que «[...] lo que se hizo el 1 de octubre no era lo previsto en la *hoja de ruta* diseñada ya en marzo de 2015» (p. 273).

Esto es, no se explica cuándo, en qué condiciones y por parte de quién se habría tomado la decisión de ejecutar dicho proceso no solo ilegalmente, lo cual es obvio, sino incorporando, como medios comisivos, la violencia (que fundamentó la acusación de rebelión) o, al menos, un alzamiento tumultuario (imprescindible para la sedición).

Parece dudoso, desde esta perspectiva, que la imputación del delito de sedición pueda derivarse exclusivamente de la inconcreta advertencia por parte de la cúpula de los Mossos en la reunión de 28-9-2017, a la que solo asisten dos de los condenados (Junqueras y Forn), de que en la jornada del referéndum del 1-O podían producirse enfrentamientos entre los ciudadanos y los agentes de orden público, más aún cuando su postura ante dicha eventualidad fue la de indicar que «[...] no se debía utilizar la fuerza para cumplir la decisión judicial sino de manera absolutamente exclusiva para defensa ante agresiones previas “de los ciudadanos a los policías”» (pp. 51-2), en una interpretación de la orden de 27-9 del TSJ de Cataluña que la Sentencia, por otra parte, critica duramente.

A lo que se añade otra cuestión esencial: se desconocen los criterios seguidos por las acusaciones y el TS para seleccionar el conjunto de actores del *procés* que merecen entrar en la nómina de coautores de la sedición.

Para empezar, porque ni todos los condenados confeccionan esa hoja de ruta de marzo de 2015 (solo Rull, en nombre de CDC, Convergència Democràtica de Catalunya, y Forcadell, como presidenta a la sazón de la ANC) ni todos los que la firman resultarán después procesados. Ese es el caso, por ejemplo, de los dos dirigentes de la AMI (Associació de Municipis per la Independència), entidad que tuvo una intervención decisiva en la preparación y celebración del referéndum del 1-O a través de los ayuntamientos, o, incluso, de la dirigente de Reagrupament Independentista (RCat, en el que a la sazón militaba por cierto el president Torra; un partido que posteriormente se integraría en CDC en el proceso de renovación que finalizaría en la creación del Partit demòcrata europeu català, PDeCat), todos ellos signatarios del acuerdo. ¿Por qué razón se procesa a Rovira, secretaria general de ERC y ahora en situación procesal de rebeldía, y no al resto de miembros de la Executiva Nacional de ese partido, o a quienes pertenecían a los órganos de dirección del PDeCat o de la CUP —Gabriel solo está procesada por desobediencia— o a algunas otras personas, quizá menos públicas (Vendrell, Madí, etc.), que formaban parte de lo que periodísticamente se llamó el Estat Major del *procés*?, ¿por qué se focaliza la responsabilidad penal en Sánchez y Cuixart —ninguno de los dos firmó la *hoja de ruta*— y no se extiende a todos los integrantes de las juntas directivas de ANC y Òmnium?, ¿por qué solo Forcadell es coautora de la sedición y no los otros seis miembros de la Mesa del Parlament que votan a favor de la tramitación de las llamadas «leyes de desconexión» (de referéndum y transitoriedad), solo acusados de un delito de desobediencia, o, incluso, los impulsores de dichas iniciativas, esto es, los diputados firmantes de esas proposiciones de ley?, ¿son tan cualitativamente diferentes las conductas de Rull y Bassa con respecto a las de Mundó, Vila y Borrás, condenados solo por desobediencia, para justificar un desenlace tan radicalmente dispar?, y con respecto a los consellers sustituidos en julio de 2017, no procesados, ¿debe entenderse que desistieron de la ejecución de una sedición según el Tribunal ya iniciada con arreglo a lo que exige en estos casos el art. 16.3 CP —intentar impedir «firme, seria y decididamente la consumación» del delito— para excluirlos de responsabilidad penal?

Son tantos los interrogantes y tan confuso el razonamiento con el que el TS se conduce en el «juicio de autoría», que resulta sumamente difícil evitar concluir que esa decisión, la determinación del círculo de coautores de la sedición, ha estado presidida por criterios de oportunidad, y por tanto extrajurídicos, y no de estricta legalidad.

b) Por otra parte, si se desciende a lo que realmente ocurrió en las jornadas del 20-S y, sobre todo, del 1-O, no se detecta qué actos de ejecución inmediata del delito de sedición llevados a cabo por cada uno de los coautores se consideran probados (por ejemplo, cuál fue su intervención directa, si es que tuvieron alguna, en el bloqueo de los centros de votación, a través de la interposición física, para impedir que la Policía judicial pudiera cumplir la orden del TSJ). Porque la posibilidad de que algunos de los coautores no realicen por sí mismos actos materiales pertenecientes al núcleo del tipo, admitida en la coautoría en virtud del dominio funcional del hecho, no puede servir de coartada para omitir toda referencia a la aportación de cada uno de ellos a la realización del plan en fase ejecutiva, una contribución, por cierto, que debe revelarse esencial. De otro modo se estaría dando por buena la posibilidad de que ninguno de los coautores haya llevado a cabo actos consustanciales al núcleo del tipo (alzarse tumultuariamente).

Y es que cuando se afirma, por ejemplo, que «[...] la autoría en el delito de sedición por el que ha sido acusado el Sr. Turull no se contrae a quien se suma a un alzamiento tumultuario con las finalidades previstas en el tipo penal, también se colma *cuando se ponen las condiciones precisas para ese alzamiento*» (pp. 339-40), o cuando se apunta que «[...] el delito de sedición se comete con actos de alzamiento, pero también *con actos típicos que propicien el alzamiento de otros*. Dicho con otras palabras, la autoría del delito no viene dada solo por la materialización efectiva del alzamiento, sino por la realización de conductas que propicien, posibiliten o determinen la realización de actos de alzamiento» (p. 348), más bien parece que se está refiriendo el Tribunal, respectivamente, a actos de cooperación o de inducción realizados en fase preejecutiva al delito que cometerán otras personas. Nuevamente asoma aquí la confusa ambivalencia con la que el TS maneja la determinación del momento concreto en que debe entenderse ejecutado el alzamiento (*vid. supra*).

La criticable ambigüedad de la Sentencia en este punto obliga a plantearse si la aportación de los coautores en fase ejecutiva, considerada esencial por el Tribunal, toda vez que no consta una intervención directa e inmediata en los incidentes, habría consistido (amén de la posible realización de actos de cooperación en fase preejecutiva) en no haber impedido la celebración del referéndum que los propició una vez que el TSJ había ordenado su paralización (coautoría en comisión por omisión), o, subsidiariamente, si al referirse el TS a la posibilidad de que la sedición se cometa a través de «actos típicos que propicien el alzamiento de otros» no se está pensando más bien en una responsabilidad por inducción.

2.4.1. ¿No evitar que otros se alcen como sedición en comisión por omisión?

Por una parte, parece aflorar en el «juicio de autoría» una posible responsabilidad omisiva, cuando, en unas consideraciones previas comunes a los distintos coautores, se asevera con toda rotundidad que «[...] la actividad penalmente típica —derogación de hecho de leyes vigentes y válidas a sustituir por no válidas y la movilización de ciudadanos para comportamientos tumultuarios obstativos de la ejecución de órdenes jurisdiccionales— les es

objetivamente imputable como colectivo [en referencia al Govern], *en cuanto garantes de la indemnidad del bien jurídico protegido* por el delito de sedición» (p. 298, énfasis añadido). Particularmente, al conseller Forn le imputa objetivamente «[...] que declinara el ejercicio de las facultades legalmente impuestas y que le erigían en *garante* de que la organización que le estaba subordinada —los Mossos d'Esquadra— no solamente no se desentendiera del cumplimiento de aquellas órdenes [*scil.* judiciales] y de la aplicación de las leyes válidas vigentes, sino que contribuyera, *cuando menos por omisión*, a la pérdida de vigencia de estas y a la ineffectividad de aquellas» (vid. pp. 299 y 367 y ss.). Presumiblemente, se trataría de una posición de garantía derivada de la obligación legal de actuar a partir de la emisión del ATSJ Cataluña de 27-9-2017, que ordenaba la paralización del referéndum (o de su previa suspensión por providencia del TC), que, por otro lado, no alcanzaría ni a los líderes sociales ni a Forcadell (excepto que se esté pensando en una injerencia *sui generis* por la preparación del referéndum).

Con respecto a esta última, a pesar de que es evidente que las dos órdenes judiciales relacionadas con el 1-O no le incumben como presidenta del Parlament, se insiste en responsabilizarla por la sedición en virtud de la actividad previa desplegada: puesto que «[...] desoyó las múltiples advertencias y requerimientos personales que le formuló el Tribunal Constitucional para que se abstuviera de tramitar iniciativas inconstitucionales» (vid. pp. 33 y ss.), cabe concluir que «[...] su comportamiento supone el incumplimiento de ese deber normativo y se hace a los fines concordados en el delito de sedición, genera el riesgo de la lesión del bien jurídico que este delito pretende tutelar» (vid. p. 299).

Sobre esta cuestión, cabe decir que, al caracterizarse como un delito de mera actividad, la sedición no puede verificarse en comisión por omisión, posibilidad que se reserva, como es sabido, para los delitos de resultado²⁷. No obstante, esta última afirmación, formulada en abstracto, requiere una apostilla vinculada a la concreta estructura típica que adopta la figura delictiva estudiada. Nos encontramos ante un delito de consumación anticipada en que se produce un adelantamiento de la barrera de protección, dado que realización de la conducta típica no requiere la lesión efectiva del bien tutelado y que es suficiente la ejecución de actos encaminados a producirla. Y, más específicamente, dentro de los delitos de consumación anticipada, se presenta en la modalidad de delito de resultado cortado, al supeditarse la relevancia penal de la conducta a su orientación para materializar un resultado ulterior que no forma parte del tipo —tendencia expresada a través del elemento subjetivo conectado con el fin de la sedición: «se alcen pública y tumultuariamente *para impedir*»—. Así las cosas, quizá cabría matizar que, no obstante tratarse de un delito de mera actividad, el hecho de que los delitos de resultado cortado requieran la concurrencia de una vinculación finalística con un resultado (no producido) puede hacerlos estructuralmente compatibles, en abstracto, con la comisión por omisión (del mismo modo que ocurre con cualquier delito de resultado intentado). El escollo que veda definitivamente dicha posibilidad en la legislación penal española procede de la restricción legal operada por la cláusula de equivalencia del art. 11 CP, que limita la operatividad de la comisión por omisión a aquellos delitos que «*consistan en la producción de un resultado*», lo cual, evidentemente, no es el caso de un delito de mera actividad en general ni de un delito de resultado cortado en particular, que no *consiste* en la producción del resultado hacia el que se endereza la conducta,

porque el hecho de que finalmente se produzca o no es innecesario, como se ha dicho, para la consumación del delito. Excepto si se entiende, de un modo dudosamente compatible con su tenor literal y contra lo que viene considerando el TS al menos hasta la fecha, que el término «resultado» del art. 11 CP comprende también el resultado de peligro.

A ello se le suma, aquí particularmente, que el delito de sedición se configura como un delito de resultado cortado de medios determinados (no un delito puro de resultado cortado, valgan ambas expresiones), es decir, no resulta típica cualquier conducta imaginable tendente a la consecución del resultado pretendido (y no alcanzado), sino que debe vehicularse exclusivamente a través de un medio muy preciso, un alzamiento tumultuario, lo cual constituye un argumento añadido que dificulta, más allá de la exigencia legal reseñada, que entre en juego la comisión por omisión.

En cambio, siempre en función de la posición dogmática que se sostenga en el ámbito de la participación omisiva, quizá pueda plantearse una cooperación necesaria en comisión por omisión (también en un delito como el de sedición, de «resultado cortado de medios determinados») por parte de quien pudiera encontrarse en una posición de garantía y no actuara para intentar neutralizar la progresión de los alzados. Aunque eso nos sitúa ante un problema mayor: la indeterminación de quiénes son los verdaderos autores, los alzados, en cuyo delito se coopera omisivamente (*vid. infra*).

2.4.2. ¿Alentar a otros a alzarse como inducción a la sedición?

No habiendo tomado parte muchos de los acusados, al menos no de forma inmediata, en los incidentes registrados en los días 20-S y 1-O, y no pudiendo ser, por tanto, considerados autores directos del alzamiento tumultuario que habría tenido lugar esos días, el título de intervención que subyace de forma reiterada a lo largo del juicio de autoría, aunque sin un reconocimiento explícito, es el de la inducción. Efectivamente, eso es lo que parece inferirse de la reiterativa utilización de verbos como alentar, incitar o animar (se evita, quizá deliberadamente, el de inducir), para referirse a los llamamientos a la ciudadanía a participar en esas movilizaciones, y especialmente a acudir a votar en el referéndum. En la Sentencia se señala expresamente que la conducta de los ciudadanos que se enfrentaron a la Policía «[...] fue preordenada y promovida *ex ante* por los acusados» (p. 300). Y esa es la primera de las posibilidades previstas en el art. 545.1 CP, que castiga a quienes hubieren «[...] *inducido*, sostenido o dirigido la sedición o aparecieron en ella como sus principales autores».

Pues bien, es sorprendente que la Sentencia no contenga un mínimo análisis suficientemente consistente de los concretos mensajes de los condenados sobre los que se fundamenta la condena que clarifique, entre otros extremos, si iban directamente encaminados a interferir el cumplimiento de las órdenes judiciales (¿se incitaba a protestar o a impedir un registro judicial?, ¿a votar o a enfrentarse a la Policía?), qué eficacia causal tuvieron en el surgimiento de la resolución de alzarse en sus destinatarios (¿no estaban ya convencidos por otros medios para salir a la calle?), hasta qué punto el dolo del inductor abarcó los incidentes registrados esos días, etc. En fin, la indagación imprescindible para constatar que nos hallamos ante una auténtica inducción²⁸.

Así, en los hechos probados, se señala de forma genérica que «[...] los acusados Sres. Junqueras, Turull, Rull, Romeva, Forn, Sánchez y Cuixart y las Sras. Bassa y Forcadell, expresaron por los medios sociales mensajes de solidaridad, afecto y compromiso y expresiones de agradecimiento [en relación con las detenciones del 20-S], animando a la participación activa en el referéndum declarado ilegal, y estimulando la presencia masiva de ciudadanos en las urnas, pese a conocer que las fuerzas de seguridad del Estado habían recibido la encomienda específica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de impedir su celebración» (p. 46; *vid.* también p. 478). Pero, al menos en relación con los líderes políticos, no se reproduce en la Sentencia ni un solo mensaje o alocución en redes sociales o medios de comunicación que vaya más allá del fomento de la participación en el referéndum e implique de un modo lo suficientemente claro la incitación al enfrentamiento con los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad para oponerse al cumplimiento a órdenes judiciales.

En el caso de Junqueras (pp. 301 y ss.), por ejemplo, se dice que el mensaje que se enviaba a la ciudadanía, expresado así, de forma genérica, era «[...] defender el referéndum, defender las urnas, resistencia y oposición a los requerimientos policiales» (p. 307), pero no se cita ni en los hechos probados ni en el juicio de autoría una sola actuación del acusado que permita sostener esta conclusión. Lo mismo ocurre con Romeva (pp. 307 ss.), de quien se señala, sin aportar ningún texto que sirva de apoyatura a dicha afirmación, que estuvo «[...] alentando una movilización ciudadana que incluía la resistencia y oposición material y física» dirigida a impedir la ejecución de las órdenes jurisdiccionales (p. 314). O con Forcadell (pp. 315 ss.), de quien se dice que «[...] alentó, organizó y protagonizó actuaciones multitudinarias que entorpecieron la labor judicial y que generaron importantes enfrentamientos entre los ciudadanos y la Policía» (pp. 315-6), pero tampoco se concreta cómo se habría producido ese llamamiento. O, en fin, con Bassa (pp. 349 y ss.), que «[...] incitó a la ciudadanía al incumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales» (p. 349). A Turull (pp. 334 y ss.), Rull (pp. 341 y ss.), o Forn (pp. 357 y ss.) no se les atribuye, s.e.u.o., ninguna actuación que pueda ser interpretada como una incitación directa a la ciudadanía a oponerse a las fuerzas y cuerpos de seguridad en los términos expresados. Distinto sería el caso de Sánchez (pp. 373 y ss.) y Cuixart (pp. 384 y ss.), que, según la Sentencia, asumen los hechos que se les imputan, reconociendo que «[...] alentaron a los ciudadanos, a través de mensajes de Twitter y de los medios de comunicación, a ocupar los centros de votación antes de la hora en la que estaba ordenada la intervención de la Policía autonómica, y les exhortaron a que impidieran que los agentes policiales pudieran proceder a su clausura y a la retirada del material electoral» (p. 49), un comportamiento que el Tribunal estima suficiente para satisfacer los requisitos de la sedición (*vid.* lo apuntado *supra*).

En todo caso, incluso en el caso de dar por buena la inducción, eso nos situaría ante un problema aún mayor: la indeterminación de quiénes son los verdaderos autores, los alzados, a cuyo delito se induce (*vid. infra*).

2.4.3. ¿Y la calificación penal de quienes se alzan tumultuariamente por incitación de los condenados?²⁹

Efectivamente, la inducción (o la cooperación omisiva, *vid. supra*) constituye una forma de participación que presupone la comisión por parte del autor, a quien se ha inducido,

de un hecho al menos típicamente antijurídico. Se trata, como se sabe, del principio de accesoriadad limitada de la participación.

En ese sentido, el art. 545.2 CP prevé un marco penal menor para el simple alzado, de cuatro a ocho años de prisión, esto es, para quienes se alzan tumultuariamente interviniendo en la sedición sin haberla «[...] inducido, sostenido o dirigido» ni aparecer en ella «como sus principales autores» (art. 545.1). Para estos últimos se reserva, en cambio, la pena de ocho a diez años (la impuesta a los dos líderes sociales), o de diez a quince tratándose de autoridad (la que ha correspondido a los siete dirigentes políticos).

Sin embargo, no hay constancia de que ninguna de esas personas «[...] que fueron convocadas para obstaculizar el cumplimiento de una función jurisdiccional» (p. 247) hayan sido investigadas como autoras de un delito de sedición por el alzamiento tumultuario protagonizado³⁰. Sorprende que se afirme que «[...] muy diferente a limitarse a votar —por ese hecho a nadie se le ha acusado ni nadie ha sido presentado ante un juzgado, ni siquiera ha sido sancionado gubernativamente— es oponerse de forma activa a la actuación de la Policía, impidiendo ejecutar un mandato judicial» (p. 382), dando a entender que esto último sí constituye una conducta que debe ser perseguida y que fue justamente la que protagonizaron decenas de miles de ciudadanos agolpados frente a los centros de votación, pero que de ello no se extraiga ninguna consecuencia.

Así las cosas, o bien quienes se alzaron tumultuariamente no cometieron delito alguno, con lo cual debería decaer la responsabilidad por inducción a la sedición para los condenados, o bien los centenares de miles de ciudadanos que participaron en las movilizaciones de esos días se encontraban incurso en un error invencible de prohibición (así, Gimbernat, 2019) y fueron instrumentalizados por los líderes del *procés*, que habrían actuado, entre bastidores, como autores mediatos.

El ATS 21-3-2018, de procesamiento, apuntaba en esa dirección al bosquejar una especie de autoría mediata *sui generis*: los acusados habrían utilizado a los ciudadanos como «masa de fuerza» que podían activar y cuya intensidad podían modular a su antojo como instrumento para alcanzar su propósito secesionista. Se habrían servido de las movilizaciones populares para «[...] impulsar a una masa ciudadana a que desborde por la fuerza cualquier intento de contención que pueda provenir del Estado», lo que se reflejaría en el bloqueo de la comitiva judicial durante el registro de la Conselleria d'Economia el 20-S, y en los enfrentamientos que esa «masa ciudadana» habría tenido con los agentes de la Policía y la Guardia Civil el 1-O (*vid.* FD I 2). Más explícito resultaba el ATS 9-11-2017, de admisión de la querrela, al establecer que «se decidió utilizar el poderío de la masa para [...] que el Estado de Derecho se rindiera a la determinación violenta de una parte de la población que amenazaba con expandirse», o que los acusados «[...] podrían haberse servido de estos puntuales focos violentos, y de una movilización decidida y pacífica mucho mayor, para exhibir los movimientos populares como la espoleta de una eventual explosión social que ellos podían modular, y por tanto como la violencia coactiva para la consecución de sus fines».

Aunque la Sentencia nada explica sobre el particular³¹ (como hemos visto, ni siquiera utiliza las categorías dogmáticas propias de la autoría y la participación de un modo claro), se trata de un argumento que no puede convencer. Y no lo puede hacer porque era evidente y de dominio público que el referéndum del 1-O había sido suspendido por el TC y que el TSJ Cataluña había ordenado a las fuerzas y cuerpos de seguridad, en funciones de Policía

judicial, su paralización. El 22 de septiembre se había presentado ya una primera denuncia en la Audiencia Nacional por los hechos del 20-S y Fiscalía había abierto diligencias citando a declarar a más de setecientos alcaldes, además de haber advertido públicamente sobre posibles responsabilidades penales a quiénes contribuyeran a la celebración del referéndum participando, por ejemplo, como interventores en los colegios electorales. En ese contexto, es descabellado pensar que más de dos millones de personas (o mejor, decenas de miles, si nos limitamos a quienes efectivamente protagonizaron conductas de resistencia) se hallaban en error (invencible, además) sobre la antijuridicidad de su actuación, creyéndose amparados por una suerte de causa supralegal de justificación inexistente que les permitiría resistirse al cumplimiento por parte de la Policía de un mandato judicial.

3. CONCLUSIÓN

Por lo que se refiere a la rebelión, protagonista de gran parte del juicio oral y de forma absoluta en la fase de instrucción (en la que sirvió de sustento a medidas cautelares cuya aplicación a este caso resulta dudosamente constitucional, en especial en lo que atañe a la suspensión de los derechos de participación política *ex art.* 384 bis de la LECrim), queda finalmente descartada por parte del Tribunal Supremo con argumentos contundentes, en especial por la inidoneidad de los medios comisivos, a pesar de la constatación de «episodios violentos», para el logro del objetivo de la independencia de Cataluña (una inidoneidad *ex ante* que, a mi entender, debería predicarse, por cierto, de cualquier alzamiento no armado cuando lo que se pretende, en definitiva, es echar un pulso al Estado). Pero también por la ausencia del elemento subjetivo propio de este delito, al entender el Tribunal que los acusados no pretendían en realidad la consecución de la independencia, al menos de forma directa, sino «tensar la cuerda sin romperla» para forzar al Estado a negociar.

La condena por sedición, por su parte, no logra construirse sobre bases sólidas. El juicio de tipicidad, que hubiera requerido una fundamentación mucho más detenida que la que se le dedica en unas pocas páginas, queda, como hemos visto, lastrado *ab initio* por la confusión constante en torno a cuáles fueron exactamente los comportamientos constitutivos de la conducta típica del alzamiento tumultuario y, con ello, el lapso de tiempo en que el delito debe entenderse ejecutado. A los efectos de la subsunción típica, por una parte, la secuencia de hechos contemplada, como parece correcto, se restringe a los concretos episodios del 20-S y el 1-O vividos, respectivamente, frente a la Conselleria d'Economia y en los puntos habilitados para la votación del referéndum ilegal, lo cual parece coherente con la consideración de todo lo sucedido hasta entonces (la preparación de un referéndum ilegal) como una conducta atípica por sí misma (desde la derogación del efímero art. 506 bis CP), más allá de la desobediencia que pudiera surgir de la desatención a una orden de paralización. Sin embargo, en numerosos pasajes de la Sentencia parece identificarse la sedición con el *procés* en su conjunto («proceso sedicioso»), de lo que resultaría una realización típica prolongada a lo largo de años (al menos desde la aprobación en 2015 de la llamada hoja de ruta). Y es esta ambivalencia, que atraviesa toda la Sentencia, la

que subyace en gran medida en el juicio de autoría, sin duda la parte más endeble de la resolución, a la hora de abordar las concretas contribuciones al alzamiento tumultuario de cada uno de los intervinientes y el momento en que se habrían verificado. No se explica con la suficiente claridad, en efecto, cuál sería el aporte a la ejecución del plan conjunto de cada condenado en particular, desde su condominio funcional de los hechos propio de la coautoría (de la que explícitamente se parte). Descartada su intervención personal y directa en el alzamiento tumultuario (como mínimo en el momento álgido circunscrito a las jornadas mencionadas) y, por tanto, la realización de actos pertenecientes al núcleo del tipo, la comisión de lo que se describe se asemeja más bien a actos de cooperación efectuados en fase preejecutiva, o, mejor, a una inducción a otros a alzarse (cuestión, esta última, que deja sin responder la pregunta relativa a la eventual responsabilidad penal de los ciudadanos alzados, no procesados, que protagonizaron —ellos sí de forma inmediata— la oposición al cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales a través de su interposición física), e incluso, a una coautoría en comisión por omisión, una estructura por lo demás inviable en este delito. La oscuridad en el tratamiento de todos estos y otros aspectos impide conocer, asimismo, qué criterios ha utilizado el Tribunal para restringir el círculo de coautores de la sedición a los nueve condenados por ese delito y dejar fuera, en cambio, a otros actores decisivos en el proceso de secesión desde la aprobación, tiempo atrás, de su hoja de ruta, que, en algunos casos, solo han sido condenados por desobediencia, y que, en otros muchos, ni siquiera han llegado a ser procesados.

Si lo que dota de gravedad a las conductas enjuiciadas, por otra parte, no puede ser la finalidad de demoler el orden constitucional —que no constituye el objeto de tutela de la sedición—, y si se tiene en cuenta, además, la contundencia con la que TS deja zanjado que desde la perspectiva de la rebelión los hechos constituyeron «asonadas inocuas» carentes de lesividad —a lo que se añade que ni siquiera era esa la pretensión última de los condenados, que en realidad buscaban forzar al Gobierno a negociar—, solo puede ser determinante el grado de perturbación del orden público derivado del intento de impedir el cumplimiento de dos órdenes judiciales. Y lo que sucedió en las calles de Cataluña, al menos desde esa óptica, no parece corresponderse, ciertamente, con la severidad del marco penal que tiene asociado el principal delito contra el orden público. Aprovechar el déficit de taxatividad de la formulación típica del art. 544 CP para situar el umbral de relevancia penal de la sedición en una cota tan baja como la resistencia pasiva (no violenta) no resiste una interpretación sistemática coherente con el resto de tipologías delictivas contra el orden público (particularmente, con la modalidad atenuada del mismo delito) ni parece compatible con las exigencias propias del principio de proporcionalidad. Esta construcción del TS, por lo demás, no se cohonesto con facilidad con la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales de reunión y manifestación y puede provocar la renuncia del ciudadano a su ejercicio ante el temor a una reacción penal desmedida en caso de extralimitación (el llamado «efecto desaliento»).

Los hechos acaecidos en Cataluña en el otoño de 2017, de una trascendencia política extraordinaria, no tienen un encaje sencillo, ni satisfactorio, en el ordenamiento punitivo español. Abstracción hecha de la malversación de caudales públicos, en la que no se ha

entrado en este trabajo, no parece que se pudiera ir más allá de una simple desobediencia del art. 410 CP y de algún delito menor contra el orden público (solo superando los obstáculos de imputación subjetiva que pudieran presentarse en este último caso). Con el procesamiento por rebelión y la posterior condena por sedición se ha intentado hallar en la legislación penal una respuesta que esta no podía ofrecer, al menos sin entrar en grave conflicto con principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* definitorios del Estado de Derecho ni forzar categorías dogmáticas afianzadas en la teoría jurídica del delito. Aunque ante la magnitud de la crisis constitucional vivida dicho coste pueda constituir para muchos el mal menor, se trata de un peaje a mi juicio excesivo. Así las cosas, haría bien el legislador en atender las voces que reclaman una puesta al día en clave democrática de las apolilladas figuras penales protectoras del orden constitucional y en emprender, por otra parte, una reversión desinflamatoria de las últimas reformas en materia de orden público. Pero mucho mejor harán todos los actores que tengan algo que decir en este conflicto, de origen y naturaleza inequívocamente político, irresuelto (y probablemente agravado tras esta desafortunada Sentencia), si convierten en innecesaria la aplicación del Código Penal porque en lo venidero encauzan hacia la política lo que nunca debió salir de ella.

NOTAS

1. (*Tol 7515425*), ECLI: ES:TS:2019:2997 (para facilitar la localización, se cita por el número de página correspondiente al texto de la resolución facilitada por la Oficina de Comunicación del CGPJ: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion>>).
2. *Vid.*, por ejemplo, el auto de procesamiento (ATS 21-3-2018) o el de su confirmación por la Sala de Apelaciones (ATS 26-6-2018).
3. La cuestión se plantea con nitidez en el ATS 9-11-2017, de admisión de la querrela, al establecerse que «[...]se decidió utilizar el poderío de la masa para [...] que el Estado de Derecho se rindiera a la determinación violenta de una parte de la población que amenazaba con expandirse», o que los acusados «podrían haberse servido de estos puntuales focos violentos, y de una movilización decidida y pacífica mucho mayor, para exhibir los movimientos populares como la espoleta de una eventual explosión social que ellos podían modular, y por tanto como la violencia coactiva para la consecución de sus fines». *Vid.* en el mismo sentido el ATS 21-3-2018 de procesamiento.
4. *Vid.* el apartado 14 de los hechos probados (p. 60).
5. En contra, Gimbernat (2019a), abandonando su posición inicial (2018).
6. *Vid.* García Rivas (1990: 151 ss. y 161 ss.); Bages (2018: 528 ss. y 569 ss.); Llabrés (2019: 41 ss.).
7. El hecho, apuntado por el Tribunal, de que «[...] la conjura fue definitivamente abortada por la mera exhibición de unas páginas del BOE que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución», debe interpretarse, en cambio, como una constatación *ex post* de la inidoneidad de la empresa, puesto que se trata de un episodio situado en la fase de agotamiento, superado el momento en que el delito habría debido considerarse consumado. En el proceso se dio una importancia tal vez excesiva al momento de la declaración de independencia del 27-O, cuando se trata de un delito de resultado cortado. Y más difícil de entender todavía (excepto acudiendo a criterios extrajurídicos) resultó el anuncio del FGE de 21 de octubre que vinculaba la presentación de la querrela por rebelión, finalmente presentada el 30 de

ese mes, a una declaración de independencia que no llegaría hasta tres semanas después del momento en que los hechos debería haberse entendido consumados (*vid.* <<https://www.lavanguardia.com/politica/20171021/432212748548/fiscalia-querella-rebelion-puigdemont-dui-tribunal-supremo.html>>).

8. *Vid.* el apartado 14 de los hechos probados (p. 60).

9. Llabrés (2019: 23 ss.). A favor, los dos monografistas de este delito: (García Rivas, 1990: 169 ss.); Sandoval (2013: 346 ss.).

10. Aunque la Sentencia objeto de este comentario no tercia explícitamente en esta discusión, sí pueden encontrarse referencias a lo largo de la instrucción de la causa en que, acudiendo al argumento de la circunstancia agravatoria del art. 473.2 CP, se avala la tipicidad de un alzamiento sin armas: *vid.* AATS 26-6-2018 de la Sala de Recursos de confirmación del de procesamiento y 30-7-2018 de la sala de recursos de confirmación del de conclusión del sumario (en el contexto de la aplicación de la medida cautelar del art. 348 bis de la LECrim).

11. *Vid.* también el ATS 5-1-2018 de la sala de recursos (FJ II 4) o el ATS 12-1-2018 del magistrado instructor (FJ 4).

12. La aplicación de dicha medida se remontaba al AJCI núm. 3 de 16-10-2017, en el caso de los dos líderes sociales, y al AJCI núm. 3 de 2-11-2017, para ocho miembros del Govern de la Generalitat, y fue mantenida, tras el cambio de órgano jurisdiccional de la AN a la Sala 2ª del TS (ATS 24-11-2017), para los dos primeros (Cuixart y Sánchez) y dos de los segundos (Junqueras y Forn) y sustituida por la medida de prisión eludible con fianza para otros seis (ATS 4-12-2018 del magistrado instructor y confirmada en apelación por ATS 5-1-2018). Se volvió a acordar la prisión preventiva (ATS 23-3-2018) para cuatro de estos últimos (Turull, Rull, Romeva y Bassa), a los que se añadió la presidenta del Parlament (Forcadell, quien ya había permanecido un día en prisión eludida con el pago de la fianza correspondiente, ATS 19-11-2017), una vez que se hubo acordado el procesamiento de todos ellos por parte del magistrado instructor (ATS 21-3-2018).

13. Es el caso de Junqueras, Turull, Rull, Sánchez y Romeva, que habían adquirido la condición de parlamentarios autonómicos tras las elecciones de 21-12-2017 (posteriormente, tras las elecciones generales de 28-4-2019, se convirtieron en diputados los cuatro primeros y senador el último) y de Forn, concejal del Ayuntamiento de Barcelona después de las elecciones municipales de 26-5-2019.

14. La LO 4/1988, de 5 de mayo, trasladó a la legislación procesal penal los aspectos no afectados por la declaración parcial de inconstitucionalidad de la STC 199/1987: *vid.* arts. 520 bis (prolongación del plazo máximo de la detención e incomunicación), 553 (registro domiciliario sin autorización judicial) y 579 (secreto de las comunicaciones —siendo eliminada en este último caso la mención a los «elementos rebeldes» por la LO 13/2015, de 15 de octubre—) de la LECrim.

15. Llabrés (2019: 29 ss.).

16. Había sido introducida por la LO 4/1988, de 5 de mayo.

17. De otro parecer el ATS 30-7-2018 de la sala de recursos, que confirma el ATS 9-7-2018 del magistrado instructor, de conclusión del sumario.

18. *Vid.* el razonamiento en sentido contrario (puesto que la rebelión sin armas es típicamente relevante, dado el tenor de la modalidad agravada del art. 473.2 CP, debería poder aplicarse el art. 348 bis de la LECrim) en ATS 30-7-2018 de la sala de recursos de confirmación del magistrado instructor, de conclusión del sumario.

19. Boix y Mira (2019, en prensa).

20. García Rivas (2019); Javato (2018); Sandoval (2019).

21. Por lo demás, el TS intenta contraponer tramposamente una supuesta menor relevancia de los hechos incriminados en el derogado art. 506 bis («conflicto competencial entre autoridades estatales —centrales o autonómicas— que pugnan por la competencia para organizar o prohibir una consulta popular») con la máxima gravedad de los ocurridos en Cataluña («hacer posible un referéndum que condujera, con la ayuda de la movilización ciudadana, a destruir las bases fijadas por el poder constituyente»), cuando la razón de ser del precepto desaparecido era precisamente atajar penalmente la anunciada convocatoria del referéndum de naturaleza autodeterminista previsto en el Plan Ibarretxe (Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, que incluía su ratificación en referéndum por parte de la ciudadanía vasca).

22. Por ejemplo, porque a la hora de aplicar el ATSJ Cataluña 27-9-2017, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado hubiesen operado con el mismo criterio que los Mossos d'Esquadra (*vid.* pp. 51 y ss., en los hechos probados, donde el TS critica que, invocando el pasaje del auto en que se ordena «[...] adoptar todas aquellas medidas que impidan la consecución del referéndum, sin afectar la normal convivencia ciudadana», se aparentara que la ponderación bajo el principio de proporcionalidad obligaba a «[...] no utilizar la fuerza para cumplir la decisión judicial sino de manera absolutamente exclusiva para defensa ante agresiones previas “de los ciudadanos a los policías”»). O que la decisión que tomaron al mediodía de cejar en su intento de impedir la celebración del referéndum («[...] a primeras horas de la tarde, dado que el uso de la fuerza podría devenir desproporcionado, los agentes de Policía Nacional y Guardia Civil recibieron órdenes y se vieron irremediabilmente forzadas a declinar el propósito inicial», p. 54), la hubieran tomado, a la vista de lo que podía ocurrir, desde el primer momento.

23. Llabrés (2019: 13 y n. 27.).

24. Es más, la querrela del Ministerio Fiscal no llega hasta el 30 de octubre, un mes después de la consumación del delito (a estos efectos, la rebelión y la sedición son intercambiables), y sorprendentemente supeditada a la declaración de independencia del 27 de octubre (*vid.* nota 7): o se había cometido un delito de rebelión (o sedición), de consumación anticipada, o no se había cometido delito alguno (más allá de la desobediencia), al margen de lo que pudiera ocurrir unas semanas después.

25. Y por dicha razón en los hechos probados se concede una importancia desmesurada a un dato que no debería tenerla en una condena por sedición: la declaración de independencia del 27 de octubre (p. 30; *vid. supra* nota 7).

26. Respecto a ese punto, sobre el que no me puedo extender, Boix y Mira (2019); Paredes (2019); Portilla (2019).

27. *Vid.*, en relación con el delito de rebelión, Llabrés (2019: 9 ss.).

28. Solo en el caso de Cuixart se entra mínimamente en esos detalles al señalarse que alentó a la ciudadanía a «defender pacíficamente los colegios electorales» y que «[...] el adverbio *pacíficamente* no anula el contenido del verbo nuclear del mensaje. Y es que no se puede defender si no es mediante la oposición y la resistencia, aunque no sea agresiva, sino meramente pasiva, pues solo de esa forma puede entenderse ese adverbio en el contexto en que se difunde el mensaje». De modo que «[...] es obvio que no eran llamamientos para votar sino para hacer “fuerza o resistencia” a la acción policial» (pp. 392-3), suficiente para atribuirle el llamamiento a un alzamiento sedicioso (sobre Jordi Sánchez *vid.* pp. 381-2).

29. Llabrés (2019: 22), explicando el mismo problema en relación con la acusación por rebelión.

30. Solo consta una condena por un delito de atentado a la autoridad y un delito leve de lesiones, dictada en conformidad, a una persona que lanzó una silla a un agente de la guardia civil en el IES Quercus, de Sant Joan de Vilatorrada (SJP núm. 1 199/2019, de 19-9 de Manresa). Hay algún caso aislado en el que Fiscalía o Abogacía del Estado han solicitado que se investigue a votantes por distintos delitos

en relación con los incidentes del 1-O (atentado, resistencia, desobediencia, etc.), pero en ningún caso por sedición: <https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Abogacia-reclama-votantes-tumultuaria-Policia_0_882262039.html>; <https://elpais.com/ccaa/2019/04/01/catalunya/1554133023_192390.html>

31. Excepto cuando apunta, incidentalmente, en varios pasajes, que el referéndum era «[...] un artificio al que se recurría engañando a los llamados a votar, tanto en lo atinente a su legalidad, como a la viabilidad de su resultado» (p. 358). Aunque se hace referencia a la legalidad de la convocatoria en sí, no a la conducta de oponerse al cumplimiento de un mandato judicial.

BIBLIOGRAFÍA

BAGES SANTACANA, J. (2018): «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente», en *EPyCr*, XXXVIII, 511-588.

BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier (2019): «A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre», *en prensa*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2019): «La sentencia: aspectos cuestionables», en *Al revés y al derecho* (17/10/2019) [en línea], <<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5724#respond>>. [Consulta: 31/10/2019.]

GARCÍA RIVAS, Nicolás (1990): *El delito de rebelión militar en Derecho penal (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Albacete: Ediciones de la UCLM.

— (2019): «El autoritarismo nada disimulado de una sentencia histórica», en *Eldiario.es* (15/10/2019) [en línea], <https://www.eldiario.es/tribunaabierta/autoritarismo-disimulado-Sentencia-historica_6_953014706.html>. [Consulta: 31/10/2019.]

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2017): «¿Rebelión, sedición o ninguna de las dos?», *El Mundo* (12/12/2017) [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2017/12/12/5a2e845c268e3e92068b4589.html>>. [Consulta: 31/10/2019.]

— (2018): «Sobre los delitos de rebelión y sedición», *El Mundo* (29/11/2018) [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2018/11/29/5bfe9f09fdddf95068b4579.html>>. [Consulta: 31/10/2019.]

— (2019a): «De nuevo sobre el delito de rebelión», *El Mundo* (11/03/2019) [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2019/03/11/5c84f98421efa0151e8b4619.html>>. [Consulta: 31/10/2019.]

— (2019b): «La sentencia del “procés”», *El Mundo* (28/10/2019) [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2019/10/28/5db59dcffdddf05bb8b456e.html>>. [Consulta: 31/10/2019.]

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2019): «Sentencia del “procés”: no se criminalizan las ideas, sino los medios para imponerlas», en *The Conversation* (16/10/2019) [en línea], <<https://theconversation.com/sentencia-del-proces-no-se-criminalizan-las-ideas-sino-los-medios-para-imponerlas-125336>>. [Consulta: 31/10/2019.]

JAVATO MARTÍN, Antonio (2018): «El delito de sedición. Un enfoque político-criminal y de derecho comparado», en *CPC*, 126, 51-88.

LLABRÉS FUSTER, Antoni (2019): «El concepto de violencia en el delito de rebelión. A la vez, consideraciones sobre los hechos objeto de juicio en la Causa especial 20907/2017 del TS (proceso al *procés* independentista catalán)», en *RECPC* 21-08 [en línea], <<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-08.pdf>>. [Consulta: 31/10/2019.]

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «La Sentencia del Juicioprocés# y los derechos fundamentales: observaciones sobre el delito de sedición», en *Trazos de aprendizaje y experiencia* (14/10/2019) [en línea], (<<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2019/10/la-sentencia-del-juicioprocés-y-los.html>>. [Consulta: 31/10/2019.]

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2019): «Ni Rebelión ni Sedición. La metamorfosis del ejercicio de los derechos de manifestación y reunión en delito», en *VientoSur* (16/10/2019) [en línea], <<https://vientosur.info/spip.php?article15209>>. [Consulta: 31/10/2019.]
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2018): «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», en *RDPyCr*, 3ª época, 19, 139-177.
- (2019): «Sedición (Delito de)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, octubre 2019-marzo 2019, 299-313, [en línea], <<https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5035>>. [Consulta: 31/10/2019.]
- SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos (2013): *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019): «La relación entre los delitos de sedición y rebelión. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP», en A. Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 271-313.