

POLÍTICA Y DELITO POLITICS AND CRIME

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

RESUMEN

Este trabajo analiza las diferencias y coincidencias entre la lógica de la política y la lógica del Derecho. Las relaciones entre ambas deben considerar la influencia de la política como fuente del Derecho, pero también la perspectiva de la criminalización de la política mediante normas positivas. En este sentido, los conflictos generalmente han surgido en el ámbito de la corrupción. Sin embargo, en ocasiones el choque nace por disputas de soberanía. En todos ellos se pone de manifiesto la vieja aspiración de cualquier clase de poder para justificar el privilegio de la exclusión de control jurídico, y particularmente del ejercido por el Derecho penal. Desde la vigencia de un Estado democrático de Derecho, el anterior marco teórico se traslada al proceso penal al *procés catalán*, exponiendo los aspectos más problemáticos y sugiriendo las cuestiones pendientes de debate.

PALABRAS CLAVE

Política y Derecho, inmunidad de los actos políticos, corrupción y soberanía, delitos políticos, respuestas penales al conflicto catalán, caso difícil.

ABSTRACT

Differences and coincidences between the logic of Politics and the logic of Law. The relationships between both of them should consider the influence of Politics as a Law source, but also the perspective of criminalization of Politics through positive rules. In this sense, conflicts have generally appeared from corruption. However, sometimes the clash arises from disputes on sovereignty. In all of them, the old wish of any kind of power to justify its privilege on the exclusion of legal control is exposed, particularly in the case of the control exercised by Criminal law. From the validity of the rule of law, the former theoretical framework is transferred to the criminal proceedings at the «Catalan *process*», laying out the problematic aspects and suggesting those questions still pending.

KEY WORDS

Politics and Law, immunity of political acts, corruption and sovereignty, politic crimes, criminal answers to the Catalan conflict, difficult case.

POLÍTICA Y DELITO

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. El cruce entre dos lógicas: Política y Derecho. 2. «Un espacio libre de Derecho»: la inmunidad de los *actos políticos*. 3. El conflicto: pretensiones y respuestas. 3.1. Pretensiones. 3.2. Respuestas. 3.3. Soberanía y atribución de competencias. 4. La solución penal. 4.1. Un *caso difícil*. 4.2. Las cuestiones jurídicas objeto de debate. 4.2.1. Cuestiones de Derecho penal procesal. 4.2.2. Cuestiones de Derecho penal material. 4.2.3. La cuestión del indulto. 5. El objeto del proceso ¿delitos políticos? 6. Conclusiones para el debate. 6.1. El contexto. 6.2. La perspectiva internacional. 6.3. La perspectiva interna y la fábula del sapo. 6.4. Recapitulación: ¡Nos une el espanto! Bibliografía.

1. EL CRUCE ENTRE DOS LÓGICAS: POLÍTICA Y DERECHO

En el asunto que nos ocupa podríamos advertir primariamente una doble perspectiva. La primera examina la influencia y relación entre política y Derecho. La segunda examina el enjuiciamiento por el Derecho penal del ejercicio de la política. De esta última me ocuparé en el siguiente apartado, y de la primera en las líneas que siguen a continuación.

La política y el Derecho han mostrado distintos modelos de maridaje a lo largo de la historia. Desde la pretendida asepsia y separación radical de la escuela de Gerber y Laband, pasando por el purismo lógico-formal de Kelsen y, luego, por la vinculación técnico-jurídica entre ambos formulada por Triepel, hasta las escuelas y autores que no advierten diferencias y llegan a afirmar que el Derecho es simplemente ideología.

En mi opinión, en una aproximación muy básica, y dejando al margen ahora la distinción y relación entre las fuentes formales y las fuentes materiales del Derecho, política y Derecho son, en esencia, formas de ejercer el poder. El poder es dominación en un escenario de enfrentamiento o competencia y en el marco de unas reglas de juego.

Las decisiones políticas responden a la satisfacción de necesidades, son fruto de opciones ideológicas y se enmarcan en un contexto social, económico y geográfico. De suerte que los decisores políticos, tras analizar la realidad, se proponen lograr unos objetivos a través de una serie de acciones e instrumentos tomando en consideración determinados intereses y de acuerdo con sus creencias.

Por consiguiente, la lógica política es, como expusiera Del Águila (2000), la *lógica de la necesidad*, que requiere evaluaciones de eficacia y eficiencia. De suerte que no es adecuado someter la decisión política a un examen conforme a la *lógica de la legalidad*, es decir, a si sigue o no una regla. La política se rige por su propia lógica, que es diferente a la jurídica, y se fundamenta en el análisis de consecuencias. El citado autor contrapone a la lógica de

la política (*la lógica de la necesidad* y de las consecuencias) a la del Derecho, que radica en la *lógica de la legalidad*, esto es, en *seguir una regla*.

En este sentido, me parece conveniente traer aquí el enfoque propuesto por Wittgenstein, en particular el que se dirige hacia una «clarificación conceptual». Este pensamiento ha conllevado un giro decisivo en la filosofía, en las ciencias sociales y en el Derecho, que entre nosotros ha desarrollado magistralmente Vives Antón. A los efectos de este trabajo, deseo subrayar dos ideas. La primera, que toda actividad está sometida a reglas —comenzando por el propio lenguaje— o, mejor aún, que solo poseen sentido y significado desde su comprensión a través de reglas. Pues bien, el Derecho y la política no son una excepción: sin reglas ni siquiera es posible hablar de las mismas. La segunda idea a considerar gira alrededor del estatuto científico del Derecho y la política.

A mi entender, ambas disciplinas, política y Derecho, comparten un tipo de conocimiento comúnmente identificado con la *razón práctica*. Es decir, un tipo de racionalidad que no aspira a obtener verdades absolutas, propias de las ciencias que se articulan sobre la *razón teórica*. Política y Derecho se desarrollan en la *praxis* a través de procedimientos de toma de decisiones respecto a las que no puede predicarse su verdad o su falsedad, pero que sí son susceptibles de un juicio público de corrección o incorrección conforme a razones suficientes o insuficientes.

Así pues, las decisiones políticas, ya sean formalizadas en leyes, en otras disposiciones de carácter general o en actos administrativos, tienen un único límite normativo interno: la constitución. En otras palabras, el decisor político, sea el gobierno o el parlamento, están limitados por la ley fundamental en aquellos modelos que poseen una constitución escrita y normativa. Dentro del margen constitucional, el poder legislativo es soberano para dictar disposiciones generales de acuerdo con muy diferentes enfoques políticos y siempre dentro de su marco competencial.

En este sentido, el Derecho es un conjunto de normas positivas, esto es, de reglas impuestas por la autoridad que tiene la potestad para ello y, por tanto, la legitimidad democrática. Por ello, el Derecho también regula la política: todas las actividades humanas, públicas y privadas, están reguladas, sometidas al «imperio de la ley». Esta es la esencia del Estado de Derecho. Al respecto, el art. 9.1 CE señala: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Ahora bien, sin pretender negar la racionalidad del Derecho, sino justamente por todo lo contrario, comparto una reflexión que hace ya años formulara Prieto Sanchís (1987), autor que, en lo que aquí interesa, hace referencia a la pretendida autonomía científica del Derecho y a su consecuente neutralidad valorativa o, si se prefiere, a un terreno depurado de toda contaminación ideológica «[...] porque ya nadie cree en la racionalidad de un legislador sin pasiones y, sin embargo, sorprende todavía la confianza que suelen tener los juristas en su ciencia y los jueces en su neutralidad». Como expone el autor, no se usa el término ideología en su sentido peyorativo de conocimiento falso de la realidad, sino en el sentido de que en toda interpretación, junto a razonamiento lógico y previsible, es insuprimible un momento de valoración moral o política, junto al recurso a la retórica, de suerte que ambas perspectivas, Derecho y política, se encuentran profundamente imbricadas.

Ahora bien, debemos preguntarnos si la conexión entre política y Derecho se limita a una mediatización meramente externa o si, por el contrario, posee también una comunicación interna. A mi entender, esta pregunta ha sido contestada acertadamente por Habermas (1991), para quien afirmar la autonomía del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa entre el Derecho y la política. El Derecho, ni siquiera al convertirse en positivo, rompe sus relaciones internas con la política.

Según Habermas, el gran debate es el siguiente: por un lado, los fundamentos políticos del Derecho positivo no pueden explicarse a partir de un Derecho natural-racional superior. Pero, por otra parte, no se le puede liquidar sin sustituirlo, so pena de privar al Derecho de ese «momento de incondicionalidad que precisa». Entonces, hay que demostrar cómo puede situarse en el interior del Derecho positivo el punto de vista de la política, representado por la formación imparcial del juicio de la voluntad colectiva. Pero para ello no basta con positivizar algunos de los principios del Derecho natural, ni siquiera es suficiente su incorporación al contenido de la constitución. Y no lo es porque todo en el Derecho es contingencia y está sometido al cambio de la voluntad general, de ahí que, si se desea emplazar la política en el Derecho positivo, ha de poseer la trascendencia suficiente para garantizar un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad.

La idea de un Estado de Derecho con división de poderes suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de *racionalidad procedimental*, emigrada ya en parte al Derecho positivo, constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico y al Derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al asedio constante de la contingencia. Ahora bien, cada una de las dos instancias, legislativa y judicial, reclama una clase de racionalidad procedimental diversa. En la primera, basta preguntarse si los objetivos perseguidos en la adopción de una decisión son susceptibles de universalización, de asentimiento general (fundamentación de las normas). En cambio, a la hora de justificar las decisiones judiciales (aplicación de normas), la racionalidad procedimental necesaria para calificarla de imparcial no se refiere a lo que habría hecho la mayoría; el criterio dirimente en este ámbito es si se han tomado en consideración de forma adecuada y completa todas las circunstancias relevantes según las reglas existentes en conflicto y los intereses afectados.

En resumen, para Habermas solo entonces podrá hablarse de la racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente. Y esta idea nace del Estado de Derecho. Por tanto, afirmar la autonomía del sistema jurídico no necesariamente significa predicar una autonomía sistemática o cerrada sobre sí misma. La autonomía no es un atributo que el sistema jurídico cobre por sí y para sí solo. Hablamos exclusivamente de autonomía en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y judicial garantizan una formación imparcial del juicio y de la voluntad común. Por esta vía, afirma el mentado autor, penetra tanto en el Derecho como en la política una racionalidad procedimental de tipo ético.

2. «UN ESPACIO LIBRE DE DERECHO»: LA INMUNIDAD DE LOS ACTOS POLÍTICOS

Desde siempre, el poder, cualquier clase de poder, sea político o económico, ha perseguido y persigue el privilegio de la exclusión, esto es, la inmunidad frente al control judicial. Así, conforme a una larga tradición, especialmente en el ámbito del llamado secreto de Estado, se ha pretendido que, por su naturaleza, los actos políticos no son jurídicos y que, por consiguiente, los jueces carecen de facultades para enjuiciarlos.

Esta pugna tiene mucho que ver con la separación de poderes, es decir, generalmente esconde un pulso entre el poder ejecutivo y el poder judicial. Pero tampoco puede desconocerse que el modelo de Estado de Derecho persigue entre sus finalidades esenciales precisamente el sometimiento de todos y de todo al Derecho. Esta es la orientación que de manera persistente ha guiado la evolución de las últimas décadas a fin de hacer realidad el objetivo de reducir los privilegios, la inmunidad y cualquier «espacio libre de Derecho». En realidad, considero que el argumento que defiende la inmunidad de los actos políticos es jurídicamente obsoleto, resulta anacrónico en nuestra sociedad y deviene absolutamente insostenible en el marco de un Estado de Derecho.

Es más, precisamente en su campo de juego históricamente más dilatado, el del citado secreto de Estado, se ha avanzado extraordinariamente en el sometimiento del poder a toda clase de controles. Desde luego, ningún tribunal acude en la actualidad al recurso de su naturaleza política para sustentar su inmunidad, y menos todavía para defender que las actuaciones de cualquier organismo, autoridad o funcionario público están exentas de control jurídico.

Por consiguiente, la arcaica tesis en defensa de «un espacio libre de Derecho» ni tiene recorrido jurídico ni resulta políticamente justificable desde un entendimiento democrático de la sociedad actual. Por ello, hoy resulta absolutamente inaceptable de todo punto pretender que la toma de cualquier clase de decisiones políticas por parte del poder ejecutivo quede al margen del Derecho. Fuera del Derecho, esto es, al margen de los procedimientos constitucionales y legales válidamente aceptados. No puede existir ningún espacio sin Derecho. Tampoco los *actos políticos* están exentos de control jurídico. Sostener la vieja idea de inmunidad de la política sencillamente nos retrotrae a concepciones pretéritas anteriores a la Ilustración.

Así pues, no es sostenible que los *actos políticos* de cualquier poder ejecutivo estén exentos del control judicial, primariamente en vía contencioso-administrativa y, en último lugar, a través del Derecho penal. Este último castiga como delito de prevaricación dictar «[...] a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo» (art. 404 CP). Es decir, que normativamente se equiparan los términos «acto político» y «resolución en asunto administrativo». No obstante, el Código Penal también tutela indirectamente la separación de poderes y el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales por parte de autoridades y funcionarios a través del delito de desobediencia grave (art. 556 CP).

De este sometimiento al control judicial está exenta la actividad parlamentaria. En efecto, la actividad de creación del Derecho —esto es, la formación de la voluntad por-

pular expresada en disposiciones generales— es inviolable. De ahí la inviolabilidad de los parlamentarios por las opiniones y votos emitidos en una sesión reglamentaria de la Cámara. Es más, la exclusividad en la producción de leyes por el poder legislativo frente a intromisiones de los otros dos poderes, queda tutelada penalmente —como más adelante expondremos— vía artículo 506 CP. Ahora bien, a pesar de que la actividad parlamentaria por excelencia, la producción de normas generales, no esté sujeta a control jurisdiccional ordinario, ello no comporta que esté totalmente eximida de la sujeción al Derecho, dado que está sometida al control del Tribunal Constitucional.

Entre este claramente diferenciado régimen de control y sometimiento al Derecho y a los jueces de la actividad parlamentaria y la actividad gubernamental hay dos áreas problemáticas. La primera, la naturaleza de las decisiones del poder ejecutivo consistentes en la iniciativa legislativa —esto es, los acuerdos de remisión al parlamento de un proyecto legislativo—. La segunda, las decisiones adoptadas por la mesa de una asamblea legislativa, singularmente las relativas al cumplimiento de sentencias o autos judiciales que afectan a la actividad parlamentaria —por ejemplo, las que comunican la nulidad e ilicitud de una iniciativa legislativa—. En este caso, se discute si esa decisión constituye un acto administrativo, en la medida en que está reglado, o si, por el contrario, integra ya la actividad parlamentaria.

Esta última problemática solo tiene relevancia a efectos del establecimiento de responsabilidad penal, pero en ningún caso está exenta del control constitucional. De nuevo, nos hallamos ante una cuestión de competencias.

3. EL CONFLICTO: PRETENSIONES Y RESPUESTAS

3.1. PRETENSIONES

Cualquiera que conozca mínimamente la historia de Europa sabe de los conflictos territoriales de raíz histórica y de su compleja solución dentro de las estructuras del Estado moderno. El caso del encaje de Cataluña en España se inscribe en esta dinámica. A partir de finales del siglo XIX, en el seno del romanticismo, renacieron los movimientos nacionalistas, que evolucionaron de manera diversa. En el caso español, el régimen democrático-liberal de la II República fue abruptamente interrumpido por el alzamiento militar del General Franco. Tras la Guerra Civil (1936-39), su victoria dio paso a una cruel dictadura que se prolongó hasta su muerte en 1975. En ella se suprimieron los derechos y libertades fundamentales y también casi todo el modelo de descentralización territorial. Los choques ideológicos, entre ellos los que provenían de los nacionalismos, alcanzaron en este periodo su máxima y catastrófica expresión (Núñez Xeisas, 2018; Morales, Fusi y De Blas, 2013; Muñoz, 2013).

En el marco de la *transición* política se aprobó la Constitución de 1978, que transformó a España en un Estado social, democrático y de Derecho. Con base en el texto constitucional se desarrolló un modelo de descentralización autonómica de gran calado en el que

el nivel de competencias de los gobiernos y las asambleas legislativas autonómicas es equiparable al de un Estado federal. No obstante, algunos sectores perseveraron en mantener la tesis de la falta de legitimidad de esta transformación, alegando que no había supuesto una ruptura con la dictadura.

Además, todos los expertos advirtieron que el Título VIII de la CE («De la organización territorial del Estado») fue fruto de un consenso provisional y altamente difícil, lo que implicaba su abordaje más profundo y detenido en un futuro no muy lejano. Sin embargo, cuarenta años después esta reforma constitucional todavía no se ha afrontado. Es cierto que se ha modificado el modelo autonómico en numerosas ocasiones, pero también lo es que se han mantenido tanto su estructura original como una grosera desigualdad del sistema de financiación y de inversiones públicas entre los territorios del Estado.

Pues bien, aun con reivindicaciones y ciertas tensiones, el modelo provisional, esto es, el sistema autonómico, funcionó en Cataluña hasta 2012, momento en que el partido dominante, de signo nacionalista-conservador, comenzó a adherirse a las tesis a otras formaciones que nunca lo consideraron legítimo o que lo estimaban ya superado e insuficiente. Es así como se produjo el salto hacia la exigencia de una consulta popular sobre la independencia. Y, como quiera que esta no ha sido aceptado por la Administración Central, se han sucedido las convocatorias desde la Administración autonómica fundamentadas en el «derecho a decidir» y en el «derecho a la autodeterminación» del pueblo catalán. En términos jurídicos, el movimiento independentista recurrirá a un arcaico «Derecho natural» para justificar y legitimar sus actuaciones.

Sin duda, en este giro político de la derecha nacionalista influyeron muchas causas, pero en mi opinión tres fueron determinantes. La primera, el inicio de los procedimientos penales por corrupción sistémica contra los hasta entonces líderes de estas formaciones y contra las mismas. La segunda, la grave crisis económica y social, resuelta mediante la aplicación de políticas de austeridad —singularmente severas en Cataluña— por la derecha nacionalista. Ello desembocó en una profunda crisis institucional cuyo máximo exponente fue el asedio al Parlament en junio de 2011, que también dio lugar al correspondiente proceso penal. La tercera, muy determinante, fue la declaración de inconstitucionalidad del nuevo Estatuto de Autonomía por la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional, resolución criticada no solo por su contenido, sino también por el oscuro juego de maniobras que rodearon al TC en esta causa. No hay que olvidar que esta sentencia fue dictada después de que el Estatut hubiera sido aprobado por el Parlament el 30 de septiembre de 2005, por la Cortes Generales —aunque con importantes modificaciones— el 31 de marzo de 2006 y de que, finalmente, fuera sometido a referéndum en Cataluña con resultado afirmativo el 18 de junio de 2006.

Tampoco es baladí recordar qué fuerzas apoyaron esta modificación estatutaria y cuáles se opusieron a la misma, los cambios acaecidos durante el proceso y, especialmente, los resultados electorales en aquella época.

Pues bien, estas demandas en torno al «derecho a decidir» no fueron atendidas por el Gobierno de España (Administración Central del Estado) ni admitidas por los partidos

políticos de ámbito estatal. La negativa se sustentó en que la Constitución española, como las constituciones del resto de países europeos continentales, no reconoce este derecho, y en que, por ello, las instituciones regionales (Administración Autónoma del Estado) no son titulares del mismo.

Hay que recordar que el primer incidente institucional tuvo lugar en 2014, con la aprobación de la Ley 10/2014, de Consultas Populares, y del Decreto de la Presidencia de la Generalitat 129/2014, de 27 de septiembre, instrumentos que sirvieron de base para convocar la consulta en el marco del entonces denominado «proceso de participación ciudadana». La mecánica fue similar a la de 2017: el Gobierno central impugnó ante el Tribunal Constitucional, este suspendió primero cautelarmente y luego definitivamente la consulta, y las autoridades catalanas mantuvieron la convocatoria para el 9 de noviembre de 2014. Ello motivó la incoación de un proceso penal en el que, finalmente, el 12 de marzo de 2017 el TSJ de Cataluña condenó al entonces presidente de la Generalitat y a otros altos cargos por un delito de desobediencia grave a penas de inhabilitación y multa.

Aquí interesa destacar las pretensiones formuladas en 2017 y, especialmente, las que han merecido consideración penal. Los hechos determinantes fueron los siguientes:

- a) El 6 de septiembre de 2017 fue publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, reguladora del Referéndum de Autodeterminación. Este celebró el 1 de octubre de 2017, aunque no fue reconocido como válido por la Junta Central Electoral (acuerdo nº 90/2017). Asimismo, fue declarado nulo por el Tribunal Constitucional (STC 114/2017, de 17 octubre). Además, mediante auto de 27 septiembre de 2017 (DP 3/2017), el TSJ de Cataluña ordenó a los diferentes cuerpos policiales impedir su celebración y, particularmente, el uso de locales públicos a tal efecto.
- b) La reunión celebrada el 28 de septiembre 2017 entre el presidente, el vicepresidente y el consejero de Interior del Gobierno de la Generalitat con los miembros de la cúpula de la policía autonómica, en la que estos advirtieron a los primeros de los graves riesgos para el orden público que podía generar el mantenimiento de la convocatoria de consulta para el 1 de octubre.
- c) El 8 de septiembre de 2017, el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (nº 7451-A) publicó la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 septiembre, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República (las llamadas leyes de «desconexión»), en las que se establecía una nueva normativa «constituyente» de la República de Cataluña como Estado independiente. Previamente, los autos del Tribunal Constitucional 123/2017 y 124/2017, de 19 de septiembre, el declararon nulo el procedimiento legislativo porque en la aprobación de ambas leyes se habían suprimido trámites esenciales. Por otra parte, las dos leyes citadas habían dado lugar a requerimientos expresos y personalizados del Tribunal Constitucional, que finalmente las declaró nulas (STC 124/2017, de 8 noviembre). Por su parte, el letrado mayor y el secretario general del Parlament habían advertido de su ilegalidad. En el mismo sentido se expresó el pleno del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en sendos acuerdos de 6 y 7 de septiembre.

- d) El día 10 de octubre de 2017, el presidente de la Generalitat compareció ante el pleno del Parlament, leyó los resultados del referéndum, proclamó la independencia de Cataluña y, a continuación, propuso al pleno que aprobara la suspensión de los efectos de dicha declaración al objeto de que se iniciase un diálogo en las semanas siguientes.
- e) En este contexto, se produjeron diversas manifestaciones multitudinarias, algunas de las cuales derivaron en la obstrucción del cumplimiento de decisiones judiciales, el hostigamiento a las fuerzas policiales y disturbios de considerable entidad. Particularmente significativos fueron los hechos del 20 de septiembre de 2017, que tuvieron lugar en protesta por las detenciones y registros ordenados por el Juzgado de Instrucción número 13 de Barcelona.
- f) Diferentes partidas presupuestarias asignadas a la Generalitat catalana fueron destinadas a la organización y celebración del referéndum del 1 de octubre, cuya convocatoria había sido declarada nula e ilegal.

En el presente caso no estamos, pues, ante opiniones, manifestaciones, reuniones, asociaciones, grupos, partidos o personas favorables a la independencia o partidarias de convocar un referéndum sobre la misma. Los hechos descritos comportan principalmente la adopción coordinada de actos jurídicos por las autoridades autonómicas catalanas apoyados por múltiples y multitudinarias protestas. El hecho de que la legitimidad de estas autoridades nazca precisamente de la Constitución española de 1978 y de su desarrollo mediante el Estatuto de Autonomía —y al margen ahora de los disturbios y de la participación de la participación de los mismos de ciudadanos que no pertenecían a las instituciones públicas— evidencia su manifiesta *deslealtad constitucional*. En este sentido, no puede admitirse la idea de que se trata de simples actos de disidencia política. No se cuestionan las legítimas pretensiones de independencia o ni que esta sea sometida a una consulta popular. Lo que se discute aquí son los medios empleados, entre los que sobresalen el abuso y el torcimiento de las funciones públicas de sus principales impulsores.

3.2. RESPUESTAS

Como ya he apuntado en el apartado anterior, la Administración Central del Estado, respaldada por los partidos mayoritarios de ámbito estatal y por los medios de comunicación más poderosos, ha respondido esencialmente con medidas jurídicas, singularmente de naturaleza penal. Por ello, no es exagerado afirmar que la única o principal respuesta ha sido de signo punitivo.

En este sentido, puede reconocerse la acomodación de este tipo de respuesta a nuestro patrón histórico. En efecto, durante los siglos XX y XXI la principal respuesta al «desafío catalán» ha sido siempre, inicial y principalmente, represiva.

También en el presente caso esta clase de respuesta ha sido la preponderante. Ya lo vimos en los sucesos de 2014: inmediatamente después de que estos acontecieran, el Gobierno maniobró para desviar el frente del desafío institucional hacia otras instancias ajenas al

poder ejecutivo y legislativo. El muro elegido para enfrentar el reto fue el Tribunal Constitucional. Para ello tuvieron que modificarse sus competencias hasta el extremo de alterar su misma naturaleza. Estas reformas se plasmaron en dos leyes muy próximas en el tiempo. La primera fue la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la LOTC, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación. La segunda, que intensificó este giro, fue la LO 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

Pues bien, una vez transmutadas la naturaleza y las funciones del Tribunal Constitucional, la estrategia nítidamente represiva se manifestó con todo su rigor a partir de los hechos ya relatados de septiembre y octubre de 2017.

Así, inmediatamente después del acaecimiento de estos hechos, la Fiscalía General del Estado interpuso querrela contra varios integrantes del Gobierno y el Parlamento autonómico catalán, así como contra dos dirigentes de asociaciones civiles proindependencia, por delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia grave. A esta querrela se sumó la Abogacía del Estado y la acusación popular. Para las defensas no solo no hubo *violencia* ni se cometió hecho ilícito alguno, sino que todo el juicio ha supuesto una ilegítima persecución penal de las ideas.

Lo más sorprendente e inquietante es que ni una sola persona de la clase política haya sido capaz de evitar que se llegara a esta situación. Es decir, más allá de la discusión sobre la legalidad de las respuestas, lo que se cuestiona es la inteligencia de la misma estrategia y de las concretas herramientas jurídicas utilizadas. Este aspecto será abordado en el apartado 4.2.

Ahora bien, el hecho de que se discuta la inteligencia de las respuestas estatales a este desafío no puede entenderse como una inversión en la atribución de responsabilidades. El conflicto institucional tiene su origen en el comportamiento coordinado de las autoridades autonómicas y determinados líderes independentistas catalanes. El Estado ha respondido desde diversas instancias, como corresponde a una estructura compleja articulada por la separación de poderes. Las críticas a la pasividad del poder legislativo, a la ceguera y la contundencia posterior del poder ejecutivo o a algunas exégesis del poder judicial no restan responsabilidad en la atribución de la responsabilidad original, pero sí evidencian una manifiesta incompetencia a la hora de buscar soluciones.

3.3. SOBERANÍA Y ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Regresando a la relación entre política y delito, Enzensberger apuntó que todo «delincuente» es, en realidad un competidor del Estado porque, en el fondo, le disputa el monopolio del poder. En la clase de delitos que estamos analizando, la competencia por el poder se manifiesta de forma más explícita e intensa. Por esta razón, el citado autor explica que justamente lo que provoca más a las legislaciones es el «desacato» a la autoridad del Estado. En este sentido, la furia de la respuesta suele ser una manifestación fiel de la inseguridad

de las instituciones atacadas. En opinión de Enzensberger, la dureza de la reacción es el reverso de su superioridad.

El actual movimiento secesionista catalán ha optado por la ruptura con el modelo constitucional y su sustitución por otras reglas, ciertamente difusas y de una muy dudosa legitimidad: una suerte de «neo-Derecho natural» que está por encima de la Constitución y del resto del ordenamiento vigente. Con ello, ha renunciado a la reforma constitucional y a cualquier discusión sobre la atribución de competencias entre las diferentes administraciones territoriales.

Consecuentemente con su estrategia rupturista, ha acudido a declaraciones unilaterales de soberanía —la serie de actos jurídicos ya descritos—, siempre acompañadas de ciertas «formas no convencionales de participación política» como medio para lograr sus aspiraciones. Las «formas no convencionales de participación política» comprenden desde los diversos grados de violencia, intimidación y coacción hasta las manifestaciones, las reuniones, la resistencia y la desobediencia civil, entre otras.

Dicho de otro modo, los dirigentes del movimiento secesionista catalán han optado por imponer su voluntad al margen de los cauces normativos vigentes. Por consiguiente, se trata de un conjunto de actos de fuerza o, si se prefiere, de decisiones unilaterales tendentes a lograr una finalidad política mediante la vía de los hechos, que no de Derecho. A ello se suma la pretensión de considerar a esta vía como legítima en sí misma. Y, comoquiera que se supone que es expresión de una voluntad política legítima, ha de ser reconocida «por los otros» y ha de quedar fuera del control jurídico y constitucional. En consecuencia, cualquier intromisión en la misma es ilegítima y debe reputarse como una represión de la disidencia política, de ahí que no reconozcan como legítima a la CE por obsoleta o, directamente, que no consideren al Estado español como un Estado democrático de Derecho.

A pesar de este discurso, insistentemente reiterado por los separatistas catalanes, existe un amplio consenso nacional e internacional en reconocer la legitimidad de la Constitución y afirmar que España es un Estado democrático de Derecho, como proclama expresamente en el art. 1.1 de la CE de 1978. De acuerdo con esta proclamación, nuestro sistema se construye sobre la base de la separación de poderes y reconoce la libertad ideológica y todo el conjunto de libertades, derechos y garantías generalmente denominados *derechos políticos*. En consecuencia, se configuran como derechos fundamentales en la propia CE, son directamente aplicables, su tutela corresponde al poder judicial y en última instancia se prevé el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para su protección.

Ahora bien, ningún derecho fundamental es absoluto y, además, todos los derechos requieren un desarrollo legislativo. Este desarrollo legal y la interpretación de los jueces y tribunales fija su ejercicio legítimo, siempre bajo la vigilancia del Tribunal Constitucional. Una vez delimitado el marco legítimo de su ejercicio, los excesos pueden tener diversas consecuencias jurídicas. Entre ellas, solo muy excepcionalmente merecen la sanción penal los excesos más intolerables, aquellos que lesionan otros intereses de relevancia constitucional, de ahí que se afirme que no se criminalizan las ideas políticas, sino los medios para materializarlas. Es decir, se sanciona el ejercicio excesivo de un derecho cuando perjudica

gravemente otro interés constitucional y, por eso mismo, es decir, por su ilegitimidad, deja ya de ser el ejercicio de un derecho.

Esta premisa normativa se predica con carácter general y constituye un axioma de nuestro modelo constitucional. Diferente puede ser —y, de hecho, lo es— la concreta práctica jurídica existente. En la misma, sin lugar a dudas y como en cualquier otro país, encontramos muy discutibles aplicaciones jurisprudenciales e incluso regulaciones legales deficitarias en materia de libertad de expresión e información, derechos de reunión o manifestación y de participación política o sufragio pasivo (Martínez Garay y Mira Benavent, 2011).

En este sentido, probablemente en algunos casos se hayan restringido indebidamente tales derechos en el marco del conflicto objeto de estudio. Pero no creo que el exceso en la limitación o represión de los derechos políticos por los jueces y por el Poder Ejecutivo permita negar a España su consistencia como Estado democrático de Derecho. De hecho, en las mas influyentes clasificaciones internacionales aparecemos entre los modelos de mayor calidad.

No obstante, hay que advertir la complejidad en la valoración de las «formas no convencionales de participación política», así como de las respuestas ofrecidas por los Estados a las mismas. Hay que recordar que, como señala Enzensberger (2002), entre las «formas no convencionales de participación política» se halla la violencia y que incluso esta se considera legítima por ciertos grupos ideológicos en muy diferentes situaciones históricas. Con ello únicamente deseo subrayar la brecha existente en los discursos sobre a esta materia.

En esta discusión también se apela a la desobediencia civil. Coincido con los argumentos expuestos por De Lucas (2019) para negar esta calificación al movimiento secesionista catalán. Aun suponiendo que no haya habido violencia de ninguna clase, hace falta algo más para que el movimiento se considere desobediencia civil. Ese algo más radica en la invocación de un fundamento de legitimidad comúnmente aceptado. Es decir, la desobediencia civil nunca persigue «[...] impugnar el marco jurídico-político de convivencia, sino —muy al contrario— impugnar un mandato porque se entiende que no es conforme con esas reglas de juego que todos hemos aceptado».

Finalmente, respecto a ciertas formas no convencionales de participación política como el ejercicio de los derechos de manifestación y reunión, cobra interés una reflexión de Chaves Nogales que, a mi juicio, no ha perdido actualidad aunque fuera escrita el 3 de marzo de 1936 y que apunta al valor político de las manifestaciones y reuniones: «El desfile —decía alguien— ha sido impresionante y revela la gran fuerza espiritual del pueblo catalán. A nuestro pueblo le entusiasman estas grandes paradas de la ciudadanía. No sabe pasar muchos meses sin provocar alguna. Pero acaso entre una y otra, aunque solo mediasen tres o cuatro meses, tendría alguien que preocuparse de rellenar el tiempo con una tarea que tal vez no sea del todo superflua: la de gobernar, la de administrar, la de hacer por el pueblo algo más que ofrecerle ocasión y pretexto para estos deslumbrantes espectáculos. Si entre una manifestación de entusiasmo y otra no hay siquiera unos meses de silencioso y honesto trabajo en las covachuelas, llegará un día en que este pueblo catalán, tan entusiasta, tan fervoroso, tan bueno, cambiará. Y entonces será peor».

Como señaló este autor, el pueblo en Cataluña siempre responde con entusiasmo a estas manifestaciones, pero no hay que juzgar por ellas el verdadero sentir del pueblo. Hacerlo así sería un grave error.

Añado que tampoco puede admitirse que las «formas no convencionales de participación política» como la manifestación, la reunión y la resistencia posean la suficiente legitimidad como para pretender que sustituyan a la voluntad popular expresada dentro del marco de las «formas convencionales de participación política», especialmente el sufragio. Tampoco es aceptable el doble juego del movimiento separatista, que con una mano cuestiona, no reconoce y denigra la Constitución y con la otra invoca y reclama el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

En resumen, nos enfrentamos a un choque de soberanías, de poder y de legitimidad, pero la controversia no puede escapar a las reglas, al Derecho y a la CE. En este sentido, podría y debería reducirse a una *simple* cuestión de atribución o reparto de competencias, esto es, a una discusión pragmática sobre el reparto del poder.

4. LA SOLUCIÓN PENAL

4.1. UN CASO DIFÍCIL

Conforme a la clásica definición jurídica de *caso difícil*, puede afirmarse que este asunto, esencialmente resuelto hasta ahora por la STS 459/2019, de 14 octubre 2019, Causa especial 20907/2017 (*Tol 7515425*), lo es por varias razones.

Primero, por la propia dificultad jurídica a la hora de valorar los hechos. Esta dificultad se ha manifestado en la intensa y extensa profusión de escritos y opiniones divergentes. Esto es, confluyen múltiples cuestiones de contenido con diferentes interpretaciones posibles, bastantes de las cuales son exégesis razonables de las leyes vigentes.

Segundo, por el ya señalado protagonismo de la solución penal al que se ha transferido hasta el momento el peso de la respuesta y, desde luego, por la innegable transcendencia del fallo judicial, que a su vez se enmarca en un profundo conflicto político y social.

Tercero, porque siempre es difícil dejar a la jurisdicción penal la solución de un conflicto. Todos aceptamos que el Derecho penal es la última solución, o el último instrumento que la sociedad tiene para resolver sus conflictos. Por ello, en cierta manera, siempre que interviene el Derecho penal asistimos a un fracaso social. Y esta reflexión cobra especial relevancia cuando se trata, como es el caso, de un conflicto político de enorme calado.

Cuarto, por la dificultad de aplicar a la realidad política actual, enfrascada en una profunda crisis y en constante transformación, los viejos conceptos penales. En otras palabras, si anteriormente los pulsos de soberanía solían dirimirse con una clase de violencia directa, grave y patente, en la actualidad asistimos a otros métodos de cuestionar la soberanía. De ahí que pueda apreciarse un cierto grado de desfase entre las normas vigentes —algunas más cercanas al siglo XIX que al XXI— y las nuevas modalidades de comportamiento más

difusas que, aunque en cualquier caso se ubican fuera de los cauces legales, no siempre resulta sencillo encajar en los tipos penales vigentes.

Y quinto, por todo lo anterior el presente caso está sometido a un escrutinio general y meticulado en el que personas de adscripción muy heterogénea opinan desde diferentes perspectivas de conocimiento y, desde luego, de intereses. Al margen de estos últimos, cuya objetividad resulta extremadamente dudosa, encontramos calificaciones de los hechos que basculan entre la rebelión y los simples desórdenes públicos, pasando por los delitos de sedición. Semejante disparidad de las exégesis apunta a cierto déficit en la calidad de la legislación penal.

4.2. LAS CUESTIONES JURÍDICAS OBJETO DE DEBATE

La Sala Segunda del Tribunal Supremo español ha dictado la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre. En la misma se enjuician los hechos acontecidos durante septiembre y octubre de 2017. El listado de cuestiones jurídicas objeto de debate dentro y fuera del proceso justifican la calificación de *caso difícil*. A efectos expositivos, y con el fin de presentarlas y guiar al lector, las agruparé en dos tipos de cuestiones: procesales y sustantivas.

4.2.1. Cuestiones de Derecho procesal penal

Desde la perspectiva procesal, destaca la discusión sobre la competencia judicial para conocer el asunto. Para unos, la instrucción y el enjuiciamiento en primera instancia debió permanecer en el ámbito de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —este último, debido a la imputación de aforados—. Esta discusión apunta al derecho a un juez natural (predeterminado por la ley), aunque, conforme a la doctrina asentada, no parece probable que pueda prosperar. No obstante, en ella también se apela a la imparcialidad de los jueces, que puede presentar problemas al haber recaído en la instrucción, las impugnaciones a la misma y, finalmente, el enjuiciamiento en magistrados del mismo órgano, en este caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En la discusión sobre la competencia ocupa un lugar destacado el hecho de que la Fiscalía recurriera al art. 384 bis de la LECrim. Este precepto dispone que, firme el auto de procesamiento y decretada la prisión provisional, solo en los delitos de terrorismo y rebelión «[...] el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión». En efecto, la calificación como delito de rebelión constituyó el argumento central para arrastrar inicialmente la competencia a la Audiencia Nacional. Pero la atribución de la competencia para conocer de los delitos de rebelión a este órgano no es en absoluto pacífica, y hasta diría que altamente discutible.

Pues bien, además de esta finalidad, se ha advertido otra utilidad atribuida a los hipotéticos artífices de la estrategia jurídica. Esta residiría, en el momento de presentación de la querrela —otoño de 2017—, en aplicar su contenido con otra pretensión añadida, de modo que la inicial calificación de rebelión, mantenida siempre por la Fiscalía, quizás

persiguiera primordialmente reforzar los argumentos a favor de la dudosa competencia de la Audiencia Nacional. Pero sobre todo buscaba en aquel momento apartar de la función pública a todos los procesados y encarcelados provisionalmente que ocupaban cargos en la Generalitat o en el Parlament. Lo que solo podía hacerse recurriendo a la calificación por delito de rebelión. De aquí la insistente calificación como delito de rebelión, en atención a su maridaje con el art. 384 bis LECrim, que ha permitido extraer rédito en la aplicación de medidas cautelares extraordinarias.

4.2.2. Cuestiones de Derecho penal material

Desde la perspectiva del Derecho penal material, de todas las cuestiones jurídicas planteadas en la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, la que hasta el momento ha suscitado una mayor discusión es la relativa a la existencia de *violencia*.

Como en todo proceso penal, acusación y defensa han sostenido posiciones contradictorias. Para las defensas no solo no existió *violencia*, sino que todo el juicio ha supuesto una ilegítima persecución penal de las ideas y además resultaba impredecible para los ciudadanos la aplicación de estos tipos penales. Por el contrario, las partes acusadoras mostraron una importante discrepancia sobre la calidad, cantidad y finalidad de la *violencia*. Así, para la Fiscalía y para la Acusación Popular, la *violencia* alcanzó la entidad suficiente para integrar un delito de rebelión. Sin embargo, para la Abogacía del Estado, en su segunda calificación, la *violencia* practicada no alcanzó este umbral y, por consiguiente, calificó los hechos como delito de sedición.

Finalmente, esta última tesis, aunque con argumentos y desarrollos propios, es la que ha acogido la Sala Segunda, condenando por el delito de sedición a nueve de los doce enjuiciados. Analicemos resumidamente la controversia.

La existencia o no de violencia durante los acontecimientos que rodearon la convocatoria del referéndum del 1 octubre de 2017, ha concentrado el debate jurídico de este caso. No solo dentro del proceso penal (o de los procesos en todas sus instancias y trámites procesales), sino también constituyó el punto central de la decisión del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein (auto de 12 julio 2018) ante la solicitud de España de detención y entrega del expresidente Carles Puigdemont (que contrastó con la más grave forma de traición, en concreto con el art. 81 StGB). Por supuesto, el debate ha llenado páginas de diarios y revistas académicas, tertulias y entrevistas en los medios, además de inundar las redes sociales.

Y no es para menos, porque, entre otras razones explicativas, la rebelión ha sido nuestro demonio colectivo a lo largo de los siglos XIX y XX.

Resulta pertinente recordar los precedentes próximos de nuestra legislación penal en esta materia. El primero, la derogación en el Código Penal de 1995 del viejo art. 214. 5, esto es, de la llamada «rebelión impropia» justamente por no requerir violencia. Sin embargo, volvió a introducirse en la reforma CP de 2003 mediante los arts. 506 bis; 521 bis

y 576 bis. Finalmente, fueron derogados el 21 abril 2005. Por tanto, actualmente nuestras leyes penales no contemplan la «rebelión impropia» (sin violencia).

El delito de rebelión está regulado en el artículo 472 del Código Penal entre los «Delitos contra la Constitución», y, tal como está descrito, requiere un «alzamiento público y violento» para lograr las finalidades señaladas en este precepto. Por su parte, el delito de sedición del artículo 544, incardinado dentro de los «Delitos contra el Orden Público», se define en estos términos: «[...] los que sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes [...]».

Pues bien, la Sentencia 459/2019 aborda la discutida interpretación jurídica del término *violencia*, exponiendo la desde las que la reducen a un acontecimiento físico hasta las que la entenden también comprensiva de actos de intimidación, incluso moral o psíquica. Pero, a juicio de la Sala, la elección entre ambos preceptos no puede reducirse única y exclusivamente a la existencia de *violencia*. Porque a su entender sí hubo *violencia*, pero para que esta satisfaga las exigencias del delito de rebelión ha de cumplir determinados requisitos objetivos y subjetivos que no se aprecian en los hechos probados.

Así, en cuanto a los requisitos objetivos, la *violencia* ha de ser «[...] instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines rebeldes». Y en este caso, los actos previstos y llevados a cabo para imponer de hecho la efectiva independencia y la derogación de la Constitución fueron insuficientes. Porque para apreciar este delito no basta ejercer la *violencia* para crear un clima o escenario más viable para una negociación, sino una *violencia* con funcionalidad (entidad) para lograr la secesión.

A esta insuficiencia de *violencia* como requisito objetivo se añade la ausencia de lo que la Sala considera un elemento subjetivo del delito de rebelión. Este reside en la conciencia de los autores de la absoluta inviabilidad jurídica del referéndum. Es decir, los ahora condenados sabían desde el principio que la convocatoria y las llamadas «leyes de desconexión» nunca conducirían al ejercicio efectivo del derecho a decidir, sino que siempre concibieron sus actos como un señuelo para movilizar a los ciudadanos con la finalidad de presionar a las instituciones. Por consiguiente, nunca existió un «riesgo real» para el Estado.

Sentado lo anterior, la Sentencia del 14 de octubre considera probado la comisión de un **delito de sedición** del artículo 544. Lo argumenta en la movilización de la ciudadanía en un alzamiento público y tumultuario en varios episodios que trató de impedir la aplicación de las leyes y obstaculizó el cumplimiento de decisiones judiciales. Con ello se alteró la paz pública, noción más restringida que el orden público, en el sentido de lesionar el interés de la sociedad en la aceptación de la Constitución, las leyes y el cumplimiento de las resoluciones dictadas por las autoridades legítimas.

Añade que la defensa política de cualquiera de los fines descritos en los citados preceptos penales no constituye delito, pero que sí lo es la práctica de actos violentos consistentes en las movilizaciones ciudadanas con las características de alzamiento y tumultuaria dirigidas a imponer por la fuerza, fuera de los cauces legales, una convicción política. Finalmente, recuerda que la defensa de la integridad territorial y el no reconocimiento del derecho

a decidir no constituyen singularidades del ordenamiento jurídico español, sino que son comunes en el resto de constituciones europeas.

Los otros dos delitos apreciados en esta resolución son los de malversación y desobediencia. La sentencia declara probado que se utilizaron fondos públicos para sufragar actos reiteradamente advertidos y declarados ilegales. Esto integraría un **delito de malversación**. Tampoco ha suscitado gran controversia jurídica la condena por un **delito de desobediencia**. En concreto, por desobedecer la declaración de nulidad e ilegalidad por el Tribunal Constitucional, previamente advertida por los letrados del Parlamento regional catalán, tanto de la convocatoria del referéndum como de las «leyes de desconexión». Adviértase que el Tribunal Supremo considera absorbido el delito de desobediencia en el delito de sedición.

La Sentencia de 14 de octubre ha descartado el delito más grave, la rebelión, pero ha condenado a 9 de los 12 acusados por **delito de sedición** y malversación de caudales públicos, y a los otros tres por un delito de desobediencia grave. En este instante ya hay que advertir del riesgo de considerar desproporcionadas las penas, que alcanzan los trece años de prisión. Y la duda de exceso punitivo gravitará en el previsible recurso de amparo, pero sobre todo en su posible revisión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A mi juicio, desde el prisma del Derecho penal sustantivo, la cuestión de mayor relevancia constitucional es precisamente esta. Sabido es que el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad no posee un canon autónomo de enjuiciamiento en sede constitucional. La célebre STC 136/1999 ya declaró inconstitucional el delito de colaboración con organización terrorista en su redacción anterior al Código Penal 1995, al considerar que vulneraba el derecho a la libertad (art. 17 CE), y el derecho a la legalidad penal (arts. 24.2 y 25.1 CE), ambos directamente conectados al exceso punitivo. Esto es, declaró inconstitucional el precepto legal por contener una pena desproporcionada, al abarcar por igual comportamientos muy diversos y de muy diferente gravedad.

Coincido con la decisión del TS de descartar la aplicación del delito de rebelión. Sin embargo, llama la atención que dedique más espacio a motivar esta exclusión que a justificar la concurrencia del delito de sedición, que es el delito por el que finalmente se condena. En esta línea, algunos autores advierten una justificación insuficiente en la individualización de los concretos hechos constitutivos de la infracción. También denuncian un déficit de mayor precisión de los actos atribuidos a cada uno de los condenados por sedición (autoría y participación). Por todo ello, habría sido deseable que, de persistir en este título de imputación, al menos se hubiera estimado el subtipo atenuado (art. 547 CP).

En todo caso, hay que considerar que los hechos enjuiciados son de suma complejidad porque responden a un múltiple y continuado conjunto de actos desarrollados en un considerable periodo temporal. Sin duda, todos enlazados y probablemente sujetos a un plan.

Por otra parte, se argumenta con razón que un Estado democrático de Derecho debe soportar un cierto grado de coacción en las protestas de sus ciudadanos. Pero en este asunto la tesis debe matizarse, habida cuenta de que las protestas fueron alentadas y dirigidas por

autoridades públicas, y también porque precisamente el objeto del proceso lo constituyen los actos y decisiones adoptadas por estas últimas.

La materia de Derecho penal sustantivo aborda también el marco de la ejecución de las penas de prisión, con la referencia al denominado «periodo de seguridad» (art. 36.2 CP), a la clasificación en tercer grado y el disfrute de permisos penitenciarios. Todo ello con el trasfondo de la transferencia de estas competencias a la Generalitat catalana desde hace muchos años. No obstante, es preciso recordar que su estadística en la concesión de beneficios penitenciarios es muy superior en relación con la obrante en el sistema común.

En resumen, podría decirse que la STS de 14 de octubre discurre por un cauce estrictamente técnico-jurídico. La vista oral se ha desarrollado con un inusual exquisitez con las partes procesales y una rigurosa aplicación de las garantías y derechos procesales. En cuanto a la calificación de los delitos, no ofrece dudas la condena por los delitos de malversación y desobediencia, si bien algunos razonamientos resultan técnicamente cuestionables. En mi opinión, la resolución del TS acierta con la exclusión del delito de rebelión por cuanto no se ha probado la existencia de la violencia típica que exige el precepto. No comparto todos los fundamentos para apreciar el delito de sedición y, en todo caso, debería haberse estimado el tipo atenuado aunque solo fuera para orillar la desproporcionalidad de las penas.

El proceso penal al *procés* reitera los déficits estructurales de nuestro modelo de justicia criminal. Cuatro singularidades procesales sin parangón en el Derecho comparado: la investigación a cargo de jueces y no del Ministerio Público; la persistencia de un órgano judicial *especial* como la Audiencia Nacional, carente de claros límites competenciales; la insuficiencia de un auténtico y completo derecho a la doble instancia; y el abuso de la prisión provisional. Desde la óptica del Derecho penal sustantivo, sobresale la excesiva severidad de nuestras penas, acompañada de un rígido cumplimiento de las mismas, lo que aboca a la permanencia en situación de privación de libertad por tiempo muy superior a la media europea.

Seguramente peco de ingenuo al estimar que este caso constituye una ocasión inmejorable para subsanar estos déficits y transitar a la armonización legislativa y aplicativa existente en el espacio criminal europeo.

4.2.3. La cuestión del indulto

El debate del indulto hasta dictarse la sentencia fue completamente prematuro. Ciertamente, el indulto es un vestigio del derecho de gracia del soberano, pero hoy el procedimiento está reglado con un alto margen de discrecionalidad, aunque en absoluto pueda calificarse de arbitrario. Lo cual, naturalmente, no evita abusos o casos discutibles, pero por lo común sigue regularmente los trámites y se ajusta a unos criterios pautados.

Por todo ello, creo que un Estado no debe renunciar al ejercicio del derecho de gracia ni total ni parcialmente. Es decir, tampoco es razonable limitar esta potestad mediante la elaboración de un listado de delitos excluidos del indulto, como por ejemplo para terroristas, maltratadores, corruptos, rebeldes y sediciosos, etc. El indulto justamente está previsto

para supuestos en que los jueces, obligados a aplicar estrictamente las leyes, concurren circunstancias personales, sociales o políticas que, por razones de justicia, aconsejan atenuar o excluir la pena. De modo que, en la justificación del indulto operan conjuntamente el principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad y el transcurso del tiempo. Con este mecanismo pueden limitarse algunos excesos en el castigo por la obligada aplicación estricta y rigurosa de las leyes penales (*summum ius summa iniuria*).

En el caso que nos ocupa, precisamente una disputa de soberanía/competencias, cobra todavía mayor relieve. A partir de aquí, deben aplicarse las reglas generales. Y dentro de las mismas, el comportamiento, la situación personal y el transcurso del tiempo juegan un papel esencial a favor del indulto. Lo anterior no debe leerse como una exigencia de que los condenados renuncien a sus convicciones ideológicas ni a sus objetivos políticos. Ni siquiera puede exigirse que estén de acuerdo con la Constitución, dado que la misma proclama la libertad ideológica, pero sí acatarla, sobre todo si se trata de autoridades y funcionarios cuya legitimidad procede directamente de ella. Sencillamente, debe valorarse la renuncia a manifestaciones extremas del derecho de participación política por medios «no convencionales» y, desde luego, la renuncia al uso de la violencia e intimidación, e incluso al recurso a vías de hecho y actos de fuerza que puedan constituir ilícitos penales. En definitiva, lo exigible es una mínima lealtad constitucional y la disposición al cumplimiento de las leyes como cualquier otro ciudadano.

En este sentido, el indulto puede ser un instrumento para ajustar la reacción penal a las nuevas circunstancias originadas por el paso del tiempo, aunque este haya sido escaso. En su concesión, está constitucionalmente vedado tomar en consideración el abandono de sus ideas, pero sí resulta posible valorar positivamente el rechazo, como mínimo, a métodos que pueden ser delictivos.

Desde luego, a esta dinámica no contribuyen los violentos disturbios acaecidos en Cataluña, y especialmente en Barcelona, durante la tercera y cuarta semana de octubre de 2019 en protesta por la sentencia condenatoria y tampoco la actitud de gran parte de las autoridades autonómicas y de los líderes políticos del movimiento secesionista.

4.3. UNA CALIFICACIÓN ALTERNATIVA: LA NO ACUSACIÓN POR EL ART. 506 CP

Para haber evitado este riesgo de rango constitucional, esto es, el posible exceso de la pena y sus consecuencias derivadas en los derechos de participación política (sufragio pasivo), tanto la Fiscalía como la Abogacía del Estado podían haber acudido a una calificación penal alternativa. Me refiero al art. 506 del Código Penal, que a mi juicio ofrecía una solución menos discutible y, desde luego, sin mácula de exceso.

Este precepto castiga a la autoridad o funcionario público que, «[...] careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución». Se castiga con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

El artículo 506 se incluye en el Capítulo III («De los delitos contra las instituciones del Estado y la separación de poderes») del Título XXI, («Delitos contra la Constitución»). Resalto ambas referencias porque me parecen altamente significativas de su función y finalidad. En efecto, este delito constituye un ataque a uno de los pilares de la constitución de un Estado democrático de Derecho: la separación de poderes.

La referida norma penal castiga dos conductas: dictar y suspender. Dictar equivale a aprobar, y suspender a dejar sin efecto, no bastando el mero incumplimiento (desobediencia). Se precisa siempre un acto formal de dictar o suspender. Ambas modalidades se refieren a «disposiciones de carácter general», esto es, a cualquiera con rango de ley en sus diversas clases y también a las reglamentarias. El sujeto queda circunscrito a autoridades y funcionarios que, careciendo de unas determinadas competencias, invaden dolosamente las atribuidas de quienes normativamente las ostentan.

Por autoridades y funcionarios hay que entender a todos los integrantes de gobiernos (Poder Ejecutivo), ya sea de la Administración central, autonómica o local. Desde esta perspectiva se protege la exclusividad en el ejercicio de la función legislativa frente a la intromisión de otros poderes del Estado.

Podrían existir dudas acerca de su aplicación a la invasión de atribuciones entre órganos con distintas competencias legislativas. Por ejemplo, entre las Cortes Generales y los parlamentos de comunidades autónomas. No se trataría de una invasión del poder Ejecutivo sobre el poder legislativo, sino de un órgano legislativo sobre otro. Es decir, en supuestos de extralimitación absoluta del marco competencial atribuido constitucional y legalmente. Esto es, un conflicto de competencias a dilucidar exclusivamente por el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, contamos con muy pocos precedentes de aplicación. Descontados los habidos durante la dictadura, es lógico pensar que en un sistema de democrático de Derecho no son frecuentes los atentados a la separación de poderes. En todo caso, esperemos que no sea por causa tan banal como su desconocimiento o por un desdén en la siempre acomodaticia *praxis*.

Es justo señalar que esta crítica no puede dirigirse a la Sala Segunda, atada por el principio acusatorio, sino que apunta principalmente a las acusaciones, pero también a las defensas, que no me consta que la formularan como calificación alternativa a la libre absolución, estrategia que habría permitido a la Sala Segunda tomarla en consideración.

5. EL OBJETO DEL PROCESO ¿DELITOS POLÍTICOS?

El vínculo más común entre política y delito se produce en los delitos de corrupción. Y, desde luego, es el más frecuente. Sin embargo, históricamente la conexión entre política y delito venía asociada principalmente a la idea de soberanía. En este sentido, incluso cuando se ha empleado violencia, por ejemplo mediante actos de terrorismo, algunos discuten su legitimidad. Por consiguiente, esta discusión será más intensa si solo ha habido «fuerza»,

intimidación, atribución ilegítima de competencias o un abusivo uso de las «formas no convencionales de participación política».

Se interroga Enzensberger dónde está la diferencia entre reflexión y planificación, entre cálculo y preparativo de los daños. Y sigue: ¿cuántas personas están dispuestas a obedecer incondicionalmente, aun sabiendo que el cumplimiento de las órdenes causará daño, incluso físico, a otros? Cabe preguntar lo mismo a la otra parte, a los insurrectos. ¿Hasta dónde están dispuestos a llegar? ¿Qué precio asumen? ¿Qué clase de sacrificios demandan a los ciudadanos para lograr sus objetivos?

En Derecho penal es clásica la distinción entre *delitos comunes* y *delitos políticos*. En los primeros se aprecia indubitadamente su carácter «natural» (*prohibita quia mala*), mientras que los segundos se caracterizan por su naturaleza «artificial» (*mala quia prohibita*). Esta clasificación está generalmente vinculada a la extradición, de la que se excluyen los segundos. Esta regla fue ya reconocida por el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 27 enero 1977) y coincide sustancialmente con lo dispuesto en el art. 13.3 de la CE.

Históricamente se han manejado tres criterios para establecer la adscripción a una u otra categoría. El **criterio objetivo** atiende a la naturaleza del bien lesionado o puesto en peligro, siendo político todo aquel hecho delictivo que atente contra el interés social en el mantenimiento de una determinada organización de los poderes públicos. Por su parte, el **criterio subjetivo** considera político todo delito en el que el móvil de la actuación sea político. A su vez, se maneja un tercer criterio, el denominado mixto, que presenta dos formulaciones. La primera, **mixto-extensiva**, que considera delito político todo el que atente contra bienes de naturaleza política o que se realice con una finalidad política. Por su parte, la fórmula **mixto-restrictiva** para calificar un delito como político exige no solo que atente a un bien de naturaleza política, sino también que persiga un fin político.

Coincido con el sector doctrinal que entiende que nuestra legislación, ya con el Derecho europeo incorporado, y al margen de la preconstitucional y transitoria Ley 46/1977, de 15 de diciembre, de amnistía, opera con una fórmula objetiva. Es decir, que conforme a un criterio estrictamente objetivo excluye de los delitos políticos los ataques a bienes de naturaleza común y, a su vez, siempre considerará como tales aquellos actos cuya esencia radique en una discrepancia política.

Esta es la única solución posible de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho. Esto es, un Derecho penal del acto, en el que lo determinante es lo que se hace, no los móviles ni la finalidad ni el autor. La objetividad jurídica debe ser el criterio decisivo en esta elección.

Ya se han relatado los hechos objeto del proceso penal, que de ninguna manera constituyen meras manifestaciones legítimas de derechos políticos ni de simple disidencia ideológica, sino auténticos actos y comportamientos expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico. De suerte que, ya excluidos los «espacios libres e Derecho» y inmunidad de los actos políticos, aplicado este criterio al caso que nos ocupa, y en consideración de los hechos probados, tampoco puede hablarse, en modo alguno, de delitos políticos.

Desde luego, esta consideración no puede confundirse con el deber de asumir la CE, pero sí de no infringirla. Y, naturalmente, se puede discrepar y proponer su reforma o incluso su derogación. Es más, en nuestro modelo constitucional, que no integra el de una «democracia militante», se reconocen los derechos fundamentales a todo ello. Todo lo anterior se formula desde un plano estrictamente jurídico.

6. CONCLUSIONES PARA EL DEBATE

6.1. EL CONTEXTO

El Derecho penal, como todo Derecho, nace y se aplica en un contexto espacial y temporal determinado. El nuestro está marcado por múltiples factores, entre los que destaco la globalización, el protagonismo de las nuevas tecnologías y el escenario geopolítico post-Guerra Fría. Este panorama de la nueva realidad global, en la que todo parece cambiar y descomponerse, no quedaría completo sin al menos una referencia al crecimiento mundial de la desigualdad, la pobreza y la marginalidad que en los últimos veinte años está marcando una tendencia imparable, llegando a cifras no alcanzadas desde hace casi un siglo (Ariño y Romero, 2016). Los miedos y la inestabilidad que este fenómeno provoca representan sin duda el mayor riesgo al que cualquier sociedad se enfrenta. Porque el precio de la desigualdad no solo tiene un grave coste a escala individual, sino también a nivel colectivo (Stiglitz, 2002 y 2012; Milanovic, 2017; Therborn, 2015). El precio es la inestabilidad social, el mejor caldo para alimentar el monstruo de la tiranía.

Ya lo expresó categóricamente Hobsbawm (2006): «Los Estados con una economía boyante y estable y una distribución de la riqueza relativamente equitativa son menos susceptibles de sufrir un seísmo social y político que aquellos pobres, donde las desigualdades están a la orden del día y cuya economía es todo menos estable. Del mismo modo, la posibilidad de la paz se vería afectada por un aumento drástico de las desigualdades económicas y sociales, tanto en el seno de los países como entre unos y otros». Así pues, la experiencia histórica nos muestra la consecuencia que para el Estado democrático de Derecho tiene la inestabilidad económica y social.

La reciente y todavía no concluida gran crisis económica ha tenido una profunda expansión con efectos en todos los espacios y actores. Y ha provocado un riesgo adicional de primera magnitud para la estabilidad política. Sabido es que la evolución de las crisis acentúa las diferencias sociales y que, por tanto, representa un escenario idóneo para los estallidos sociales, el auge de los movimientos populistas y el brote de los radicalismos, entre los que sin duda se encuentra el nacionalismo. Todo lo cual, sumado y agitado, constituye el mayor de los peligros para los sistemas democráticos y el Estado de Derecho.

Todos los populismos, entre ellos los nacionalismos, se caracterizan, entre otros rasgos, por definir primero un adversario y luego transformarlo en el enemigo, exterior e interior. Son los enemigos de «la causa», del «pueblo»; el «antipueblo» responsable de todos los males pasados, presentes y futuros. A este monstruo se enfrenta el «pueblo elegido», repleto de

virtudes y al que sus líderes, contagiados de todas esas virtudes, deben salvar por encima de cualquier otra consideración, ungidos de todos los poderes y medios necesarios para ello. Recientemente se ha escrito sobre la compleja «geografía del malestar» (Romero, 2019), así como de su relación con la emergencia de expresiones nacional-populistas en toda Europa (Fukuyama, 2019; Eatwell y Goodwin, 2019; Kraster, 2019).

Ya sabemos que, en este contexto de globalización y desigualdad, desde hace décadas la ideología dominante ha sido el neoliberalismo o neoconservadurismo. Y su política criminal el *populismo punitivo*. Es decir, el «gobierno a través del delito», caracterizado por un aumento exponencial de la incriminación y de la severidad de las penas. Todo ello ha comportado una inexorable transformación del Derecho penal hacia un autoritarismo represivo con la idea de seguridad como su justificación última y absoluta. Por tanto, malos tiempos para la libertad.

Muy estrechamente vinculado a estos cuatro factores aparece la pérdida de poder de los viejos Estados nación, consecuencia de la globalización, de la desregularización del sector financiero y del crecimiento del poder de decisión de actores no estatales, de gigantescas corporaciones que socavan día a día las viejas legislaciones, singularmente los derechos en ellas contenidos, y actúan en exclusivo provecho de sus intereses particulares y acumulando un poder casi absoluto.

En resumen, este conflicto se enmarca en un contexto internacional altamente inestable, marcado por el resurgimiento de la desigualdad y de los movimientos populistas. Todo ello nos invita a una breve digresión de política internacional.

6.2. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

La perspectiva internacional a la que deseo aludir aquí no es jurídica. Porque, obviamente, el conflicto, las pretensiones y respuestas están sometidas a los compromisos internacionales paradójicamente suscritos y ratificados por el Reino de España. Así, desde los originados en Naciones Unidas, hasta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pasando por toda la normativa de la UE deben ser asumidas por todas las partes. Ya tenemos ejemplos de su aplicación y seguiremos teniéndolos.

En estas líneas, por tanto, quería llamar la atención sobre un enfoque estrictamente político, o mejor geopolítico.

El primer aspecto gira alrededor de la gran importancia que la opinión pública española parece dar a lo que piensen de nosotros como país en el exterior. Coincido con quienes estiman que, por regla general, la política internacional pesa poco o muy poco en la opinión pública de los otros países. Y, además, que sea esta positiva o negativa respecto a un Estado foráneo apenas pesa en la toma de decisiones de los respectivos gobiernos extranjeros. De modo que, salvo contadas excepciones, los gobiernos de los otros Estados solo extraordinariamente actuarán en consideración a sus respectivas opiniones públicas. Es decir, que prácticamente siempre y en toda ocasión actuarán anteponiendo sus intereses estratégicos

(Mocerí, 2019). Que hoy son mayoritariamente de carácter económico (Olier, 2018). El conflicto catalán ratifica hasta la fecha ambas premisas.

Hasta el momento, la comunidad internacional no ha reconocido ni amparado las pretensiones soberanistas catalanas. El discurso público y oficial ha sido contundente y claro en su rechazo. Pero en un mundo tan cambiante, incluso en el espacio europeo, no parece conveniente confiar en que esta postura vaya a seguir siendo inmutable. Todo dependerá de los intereses de cada Estado en cada momento. Y la experiencia histórica nos muestra antecedentes claros en este sentido. En el caso español, baste recordar la pasividad de la comunidad internacional ante el intervencionismo norteamericano en nuestros últimos territorios de ultramar (1898) o frente a la anexión del Sáhara por Marruecos (1975).

Un segundo factor a considerar son las hipotéticas «acciones de influencia» o clandestinas ejercidas durante el proceso independentista catalán por agentes extranjeros. Difícil resulta saber si es cierto; mas incierto es conocer los actores y todavía más improbable determinar quién ha desempeñado el papel de tiburón y quiénes son rémoras en estas operaciones encubiertas. Para unos los servicios secretos rusos (Alandete, 2018); para otros el conglomerado de organizaciones del financiero Soros y sus «revoluciones de colores» (De Castro y Ferrer, 2018). Los medios de comunicación también han referido la presencia de «expertos en seguridad» israelíes y británicos. La competitividad global, la finalidad de desestabilizar y debilitar a España y, con ello, a la Unión Europea, o la posibilidad de poder contar con un nuevo Estado incondicional para sus intereses, resultan móviles muy plausibles.

Lo anterior no significa creer que estos agentes extranjeros han creado el conflicto, pero sí que lo estimulan, apoyan y financian en la medida que sea útil para alcanzar sus intereses.

Estos dos factores comportan una reflexión final: o somos capaces de resolver nuestros problemas o lo harán otros de fuera. Y entonces lo harán según sus intereses, no en atención a los nuestros. De ahí la necesidad y la exigencia al Estado español para que esté vigilante y activo para contrarrestar cualquier injerencia foránea en nuestra soberanía.

6.3. LA PERSPECTIVA INTERNA Y LA FÁBULA DEL SAPO

A propósito de la necesidad de resolver nuestros problemas internos por nosotros mismos, no me resisto a recordar la fábula del sapo relatada por Chaves Nogales respecto a los sucesos acaecidos en Cataluña durante el periodo 1934-1936. Muy resumidamente, la formulaba como sigue. Si la derecha catalana no quería realmente acabar con el régimen autonómico, ¿por qué se ha comido medio sapo? Y si la izquierda no quería realmente lanzarse a una aventura revolucionaria, ¿por qué se ha comido el otro medio sapo?

Tal vez merezca la pena recordar la categórica afirmación del citado autor expresada en 1936, al decir que el mayor obstáculo con que el pueblo catalán ha tropezado en el resto de España ha sido la incapacidad de los representantes de Cataluña para expresar con claridad sus sentimientos, ideas, necesidades y la razonabilidad de sus demandas: «Han sido pésimos abogados de su propia causa».

Por mi parte, añadiría un tercer comensal, la Administración Central del Estado y la mayoría de actores políticos de ámbito estatal, que tampoco aciertan a analizar el problema ni mucho menos lo han afrontado más allá de un reenvío total a la jurisdicción penal y al mudado Tribunal Constitucional.

Unos solo se aferran a su cumplimiento, mientras que los otros, frustradas sus aspiraciones de reforma, lo infringen y burlan reiteradamente. Entonces, ¿sobre qué dialogamos? ¿Qué es lo primero a debatir? ¿Si no se puede pactar el acuerdo hay entonces que pactar los desacuerdos? ¿Se pueden adoptar acuerdos en un clima de intimidación, resistencia, desobediencia y represión? ¿Cómo se dialoga con los intolerantes, con los radicales, con los fanáticos? ¿Qué precio hay que satisfacer para neutralizar una agresión y restablecer el Derecho? ¿Cuál es el precio admisible? ¿Qué sacrificios estamos dispuestos a pagar por defender ideales absolutos? ¿En un Estado autonómico el conflicto territorial con una autonomía se soluciona exclusivamente con el Gobierno central, o también deben tener voz y parte las otras Comunidades Autónomas?

Recientemente, Preston (2019) ha expuesto las tres características negativas de nuestra vida colectiva: la incompetencia y la corrupción de la clase política, y la desigualdad social y territorial. Y en esta última no se encuentran precisamente como desfavorecidos el País Vasco, Navarra, Cataluña y mucho menos Madrid.

Un sistema democrático se sustenta en el diálogo y en acuerdos, pero también en el respeto a los mismos. Lealtad, confianza y seguridad del cumplimiento son pilares imprescindibles en la política. Pero hay algo más. Cuando estos acuerdos se formalizan en normas positivas nace la obligación de su cumplimiento para todas las partes. Y entonces nace la obligación jurídica de acatarlas.

Sin embargo, esto es justamente lo que se está cuestionando: la legitimidad del sistema constitucional y de todo el ordenamiento jurídico. Desde el plano político, es posible hacerlo. Se inserta en la lógica de la política. Otra cosa es que responda a una lógica política racional, esto es, a necesidades derivadas de hechos contrastados y orientada a satisfacer intereses concretos. Desde el plano estrictamente jurídico se tiene derecho a cuestionar la legitimidad del sistema constitucional, pero no a infringir las normas. En este sentido, como se ha venido sosteniendo a lo largo de todo el texto, la política, los actos políticos, las autoridades y funcionarios, los poderes públicos y todos los ciudadanos estamos sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De no aceptar esta premisa, la de estar sujetos a reglas, no existiría ni la más mínima seguridad jurídica. Y entonces la convivencia pacífica resulta de todo punto imposible.

6.4. RECAPITULACIÓN: ¡NOS UNE EL ESPANTO!

En este contexto de conflicto interior español, enmarcado en un escenario internacional altamente inestable, tan profundos y tan acelerados cambios originan un exceso de incertidumbre, y el exceso de incertidumbre conduce al miedo. Y nuestras experiencias vitales e históricas nos permiten anticipar cómo reaccionamos los individuos y, sobre todo, los colectivos, las masas, frente al miedo. En este sentido, basta recordar que las reacciones

no suelen ser racionales, prudentes, pacíficas ni realmente efectivas. Y también sabemos que las respuestas desde el miedo resucitan y radicalizan los antagonismos. Por este camino se restablece el discurso del nosotros frente al otro, del contrario, del enemigo. De ahí al discurso del odio y a la «cosificación» del otro y, por tanto, a despojarle de su condición de persona. Entonces, ya se le puede tratar de cualquier manera, porque ya no se le considera una persona. Y en este fatídico camino los nacionalismos, todos, conducen inevitablemente a la barbarie. ¡*Todo por la causa!*

La experiencia histórica, en particular la europea y dentro de ella la española, nos muestra que «no todo vale». Es decir, que la lógica de la política, la de satisfacer necesidades, tiene límites. Los límites de la necesidad, de la política solo puede establecerlos el Derecho. El modelo norteamericano de las constituciones escritas y normativas, traída a Europa tras la barbarie de la II Guerra Mundial, y a España en 1978, constituye una buena fórmula para blindar las materias esenciales del pacto social de la contingencia política (el llamado «bloque de constitucionalidad»). Esta es la línea que, como se expuso en el primer apartado, ha sugerido entre otros Habermas (1991).

Pues bien, si se traspasan estos límites, entonces se atribuye irremediamente a los jueces la decisión final, como fiel reflejo del principio de separación de poderes. Cuando esto sucede hay que pagar un precio considerable, puesto que se traslada el enjuiciamiento de decisiones políticas a otra lógica, *la de la legalidad (seguir una regla)*, que es la función atribuida exclusivamente a los jueces. Así pues, desde la *lógica de la legalidad* se enjuician actos y comportamientos adoptados dentro de la *lógica de la política*. Aquí es donde se levanta el Derecho como límite de la política. Ya Kant afirmaba categóricamente que la necesidad no crea Derecho.

Ahora bien, el juicio jurídico sobre las decisiones y acciones políticas se refiere exclusivamente a si estas son ilegales (*lógica de seguir una regla*). Aquí acaba el cometido del Derecho. Pero, naturalmente, la valoración de las decisiones políticas también debe ser formulada en términos estrictamente políticos (*lógica de la necesidad*). Esto es, si estas decisiones y acciones responden a una necesidad auténtica y satisface intereses concretos de los ciudadanos. Sus consecuencias habrá que medirlas en términos de eficacia y eficiencia. En definitiva, someterlas al juicio de la *razón práctica* (test de racionalidad).

Frente a todo ello, el Derecho penal debe jugar un papel secundario, de *ultima ratio* del sistema jurídico. El recurso al mismo siempre comporta un fracaso social, porque implica que tenemos que recurrir al castigo para resolver el conflicto. Y este fracaso cobra mayor envergadura cuando se trata de conflictos colectivos originados en discrepancias ideológicas. Igualmente, el Derecho penal muestra todas sus carencias y dificultades para enjuiciar y sancionar comportamientos colectivos vinculados al orden público (Cuerda Arnau y Alonso Rimo, 2016; Gómez Rivero, 2019; Alonso Rimo y Colomer Bea, 2019). Esto no es óbice para la exigencia de aplicarlo cuando corresponda, pero siempre con sumo cuidado para que no resulte excesivo ni comporte un indeseable «efecto de desaliento» para el ejercicio de los derechos constitucionales.

En todo caso, el Derecho es el único instrumento que aporta un valor esencial en la convivencia y relaciones humanas de toda índole: la seguridad jurídica. Y su reverso, la inseguridad jurídica tiene un alto coste en todas las dimensiones públicas y privadas, alcanza a todas las partes y a todos.

De todo lo anterior se deriva la necesidad de mantener por encima de todo el Estado democrático de Derecho, único capaz de brindar la seguridad jurídica mínima para garantizar una convivencia civilizada (Vives Antón, 2019). Y de no seguir alimentando a los enemigos del mismo, bien con un permanente discurso que cuestione su legitimidad, bien desde una obstinada tesis inmovilista. La Ilustración nos enseñó a tomar decisiones conforme a hechos y razones, apartando las emociones y los sentimientos del ejercicio de la política. Y desde luego nos enseñó a someter a todos y a todo, también a los políticos y a la política, a reglas, esto es, al Derecho. Sin privilegios. Sin «espacios libres de Derecho».

¿Continuarán los líderes separatistas con otro desafío institucional mediante «creativos» actos de fuerza que inevitablemente abrirán un nuevo proceso penal? ¿Persistirán los líderes y formaciones estatales en ni siquiera sentarse a hablar con los independentistas? ¿Hasta cuándo la dialéctica del enemigo?

Creo que, al menos, a todos nos une el espanto. El espanto del recuerdo de nuestros antecedentes históricos. Porque siempre que dejamos que el espacio público lo ocupen radicales con sus discursos emotivos, su apelación a huecos conceptos y a ideales absolutos, siempre que permitimos que nos arrastren a un choque entre *nacionalismos populistas*, ya sabemos cómo terminamos resolviendo los conflictos: a sangre y fuego.

¡Nos une el espanto!, que no es poco. Un punto para comenzar a resolver nuestros problemas como lo hemos venido haciendo en estos últimos cuarenta años. Con diálogo, acuerdos y cumplimiento de la ley. Porque solo el Derecho es el futuro de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALANDETE, David: «*Fake news: la nueva arma de destrucción masiva*», Barcelona (Deusto), 2018.
- ALONSO RIMO, Alberto (director) y COLOMER BEA, David (coordinador): «*Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*», Pamplona (Aranzadi) 2019.
- ARIÑO, Antonio y ROMERO, Juan: «La escisión de los ricos», Barcelona (Galaxia Gutenberg), 2016.
- BAUMAN, Zygmunt, «*Modernidad líquida*», México (Fondo de Cultura Económica), 2003.
- BECK, Ulrich: «*Poder y contrapoder en la era global*», Barcelona (Paidós), 2004.
- CHAVES NOGALES, Manuel: «¿*Qué pasa en Cataluña?*», Córdoba (Almuzara), 2013.
- CUERDA ARNAU, María Luisa y ALONSO RIMO, Alberto (directores): «*Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- DE CASTRO, Juan Antonio y FERRER, Aurora: «*Soros. Rompiendo España*», Madrid (Homo Legens), 2018.
- DE LUCAS MARTÍN, Javier: «¿*Qué es y qué no es desobediencia civil?*», El País, Ideas, 17 noviembre 2019.
- DEL ÁGUILA, Rafael: «*La senda del mal. Política y razón de Estado*», Madrid (Taurus), 2000.
- EATWELL, Roger y GOODWIN, Matthew: «*Nacionalpopulismo. Por qué está triunfando y de qué forma es un reto para la democracia*», Barcelona (Península), 2019.

- ENZENSBERGER, Hans Magnus: «*Política y delito*», Barcelona (Anagrama), 2ª ed. 2002.
- FUKUYAMA, Francis: «*La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*», Barcelona (Planeta), 2019.
- GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen: «*Revueltas, multitudes y Derecho Penal*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- HABERMAS, Jünger: «*Escritos sobre moralidad y eticidad*» (trad. M. Giménez Redondo), Barcelona (UAB), 1991.
- HOBBSAWM, Eric: «*Guerra y paz en el siglo XXI*», Barcelona, (Crítica), 2006, pag. 16.
- KRASTEV, Ivan: «*Europa después de Europa*», Valencia (PUV), 2019.
- LASAGABASTER HERNÁNDEZ, Iñaki (coordinador). «*Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía y MIRA BENAVENT, Javier: «*Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.
- MORALES MOYA, Antonio; FUSI, Juan Pablo; y, DE BLAS GUERRERO, Andrés (coords.): «*Historia de la nación y del nacionalismo español*», Barcelona (Galaxia Gutemberg), 2013.
- MILANOVIC, Branko: «*Desigualdad mundial*», México (FCE), 2017.
- MOCERI, Alana: «¿Por qué importa tanto a España lo que piensa el mundo?», EsGlobal, 21 octubre 2019.
- MUÑOZ MENDOZA, Jordi: «*La construcción política de la identidad española. ¿del nacionalcatolicismo al patriotismo democrático?*», Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2013.
- NUÑEZ XEISAS, Xosé manoel: «*Suspiros de España. El nacionalismo español 18008-1918*», Barcelona (Crítica), 2018.
- OLIER, Eduardo: «*Guerra económica global*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.
- PRESTON, Paul: «*Un pueblo traicionado*», Barcelona (Debate), 2019.
- PRIETO SANCHÍS; Luis: «*Ideología e interpretación jurídica*», Madrid (Tecnos), 1987.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «*Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.
- ROMERO, Juan: «Sobre las geografías del malestar en eEuropa», en Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, nº 147, 2019, pp. 61-72.
- STIGLITZ, Joseph E.: «*El precio de la desigualdad*», Madrid, (Taurus), 2012.
- STIGLITZ, J.: «*El malestar en la globalización*», Madrid (Taurus) 2002.
- THERBORN, Göran: «*La desigualdad mata*», Madrid (Alianza Editorial), 2015.
- TOURAINÉ, Alain: «*Después de la crisis*», Madrid (Paidós), 2011.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: «*Fundamentos del sistema penal*», 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: «*Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019