teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 26/2019
teoriayderecho.tirant.com
teoriayderecho.com

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: http://teoriayderecho.tirant.com; http://teoriayderecho.com

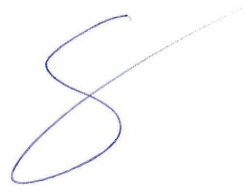
Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007

Todos los autores de este número, los miembros del Comité Editorial de Teoría & Derecho, los colaboradores de la Editorial Tirant lo Blanch y yo mismo estimamos que este número de la revista debe de ser dedicado a la memoria de Doña María Isabel González Cano. Su profesionalidad, su bondad, su dedicación infatigable y, en el caso particular de la Editorial Tirant lo Blanch, su compromiso con nosotros, hacen que el recuerdo esté cada día más presente y la ausencia resulte más difícil de sobrellevar. Descanse en paz

Salvador Vives



SUMARIO

TEMAS DE HOY

ANEXOS

SUMMARY

DEBATE
Comments to the Sentence of the Supreme Court 14th october 2019: the Criminal Procedure to «el procés»

CRIMINAL LAW ISSUES

CRIMINAL PROCEDURAL ISSUES

EUROPEAN PERSPECTIVA

STUDIES

ACTUALITY

ANNEXES

DEBATE

PRESENTACIÓN

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

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 acreditan esta calificación de *caso difícil*. En el presente monográfico se abordan la mayoría de ellas. A efectos expositivos, con el objetivo de que su presentación sirva de guía del lector, las agruparé en procesales y sustantivas.

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 por la imputación de aforados. Sin embargo, la Fiscalía optó, con éxito, por llevar la competencia a la Audiencia Nacional, desde la que abocó la instrucción y enjuiciamiento a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de nuevo por la presencia de aforados.

La medida cautelar de la prisión preventiva está íntimamente vinculada a este tema. La propia justificación de sus adopción en la necesidad de evitar la reiteración delictiva y sus afectación del derecho de libertad constituyen el primer punto de debate. Pero también adquiere una singular transcendencia su afectación del derecho de participación política. Ambos temas ya han tenido respuestas por parte del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las cuestiones procesales debatidas se completan con un análisis de la valoración de las pruebas, esto es, si desde el derecho a la presunción de inocencia estas son suficientes y se han obtenido legítimamente. También se abordan dos problemas relativos a la práctica de la prueba durante el juicio oral y con posible repercusión en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Me refiero a la limitación de las preguntas a los testigos por la contraparte o interrogatorio cruzado, y la secuenciación estricta entre el desarrollo de la prueba testifical y la documental.

La temática de naturaleza procesal se cierra con un examen sobre los diferentes ángulos planteados alrededor de la emisión por España del la Orden Europea de Detención y Entrega. Con fecha 14 de octubre de 2019, el magistrado instructor de la Sala Segunda las ha vuelto a activar en Bélgica y en el Reino Unido.

La Sentencia de 14 de octubre ha descartado el delito más grave, la rebelión, pero ha condenado a 9 de los 12 acusados por los delitos de sedición y malversación de caudales públicos, y a los otros tres por el delito de desobediencia grave. A la discusión que más

atención ha concentrado hasta la fecha, relativa a la violencia respecto a los delitos de rebelión o sedición, se dedican los tres primeros trabajos. La gravedad de las penas impuestas, a pesar de que el Tribunal Supremo aplica un discutible pero indudablemente favorable concurso ideal entre sedición y malversación, sitúa el principal foco de interés constitucional en el riesgo de que las penas sean consideradas desproporcionadas que alcanzan los trece años de prisión.

Por las razones expuestas, en el presente volumen se dedica un estudio específico a la perspectiva del caso desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los otros dos delitos apreciados en esta resolución son los de malversación y desobediencia, que son abordados en dos contribuciones específicas. 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 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 a la obrante en el sistema común.

Es posible que la sección «Debate» de este nuevo número *de Teoría & Derecho* no acoja absolutamente todas las cuestiones suscitadas en este proceso, pero sí aborda las más importantes, que van a seguir siendo el principal objeto del debate en instancias constitucionales y europeas.

Quisiera expresar mi sincero agradeciendo a los autores y las autoras por haber aceptado a participar en este volumen y su disponibilidad para hacerlo con muy escaso tiempo. La calidad de la obra está garantizada con solo constatar los nombres de los ponentes, maestros de reconocido prestigio y especialistas en las materias tratadas. Por supuesto, extiendo mi agradecimiento a la Editorial Tirant lo Blanch, y en particular al Comité Editorial y Científico de esta revista, por haberme hecho este delicado encargo.

Finalmente, como Anexos, se han añadido dos informes contradictorios sobre el proceso penal al *procés* que se han considerado relevantes por su transcendencia en la opinión pública.

Valencia, diciembre 2019

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

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 po-

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 mas 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, comoquiera 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 Autonómica 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 president 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 querella 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 querella 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 ([2]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 la 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 meticuloso 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 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 querella —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 entieden 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 (*summun ius suma 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 conclusa 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

(Moceri, 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 irremediablemente 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 lideres 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.
HOBSBAWM, 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.
TOURAINE, Alaine: «*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

CUESTIONES DE DERECHO PENAL

SOBRE LOS DELITOS DE REBELIÓN, SEDICIÓN Y DESOBEDIENCIA EN LA STS 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE

ON THE CRIMES OF REBELLION, SEDITION AND DISOBEDIENCE WITHIN THE SENTENCE OF THE SUPREME COURT 459/2019, 14TH OCTOBER

Enrique Gimbernat

Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Coincidencias y diferencias entre los delitos de rebelión y sedición. Partiendo y aceptando los hechos declarados probados, se argumenta que si concurrió tanto el tipo objetivo (la violencia típica) como el tipo subjetivo de rebelión (la finalidad). Examen de la responsabilidad penal en órganos colegiados en relación al delito de desobediencia. La práctica del juicio oral se desarrolló con un exquisito respeto por los derechos humanos. Se reafirma que no existe un «derecho a decidir».

PALABRAS CLAVE

Delitos de rebelión, sedición y desobediencia, no vulneración de derechos humanos, no existencia del «derecho a decidir».

ABSTRACT

Coincidences and differences between the rebellion and the sedition crimes. Departing from and accepting the facts declared proven, it is argued that such the objective element of the crime (the level of violence) like the subjective element (purpose) were met. Review of the criminal responsibility of legal bodies in relation to the crime of disobedience. Hearings were developed with great respect for human rights. The non-existence of a «right to decide» is reassured.

KEY WORDS

Rebellion, sedition and disobedience crimes, no violation of human rights, non-existence of the «right to decide».

SOBRE LOS DELITOS DE REBELIÓN, SEDICIÓN Y DESOBEDIENCIA EN LA STS 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE

Enrique Gimbernat Ordeig
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

1. PLANTEAMIENTO

A pesar de que la STS 459/2019, de 14 de octubre, es una gran sentencia, estoy en desacuerdo con que califique los hechos no como rebelión, sino como sedición. Y también estoy en desacuerdo con la resolución *no por el correcto resultado* de que condene también a tres consejeros de la Generalitat por un delito de desobediencia, sino por el modo en que *fundamenta* la concurrencia de ese delito.

2. DELITOS DE REBELIÓN Y SEDICIÓN

1. El art. 472 (rebelión) del Código Penal (CP) dispone: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución […] 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional».

Por su parte, el art. 544 CP (sedición) establece: «Son reos del delito de sedición 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 […] o …el cumplimiento […] de las resoluciones administrativas o judiciales».

Practicadas las pruebas durante un juicio oral, cuyas sesiones se prolongaron durante cuatro meses, la STS 459/2019, de 24 de octubre, considera como «hecho probado», que en los sucesos que tuvieron lugar en Cataluña en el otoño de 2017 (el cerco por más de 40.000 personas de la Conselleria de Economía, en Barcelona, el 20 de septiembre de 2017; los enfrentamientos en distintos colegios electorales catalanes con motivo del referéndum ilegal del 1 de octubre) concurrieron tanto el elemento típico de la rebelión (el «alzamiento público y violento»), como el de la sedición («un alzamiento público y tumultuario»).

La diferencia fundamental —aunque no la única— entre rebelión y sedición se encuentra en las finalidades que persiguen ambos «alzamientos»: si en la primera el propósito es, entre otros, declarar la independencia de una parte del territorio nacional, en la sedición esa finalidad es, también, entre otras, «impedir la aplicación de las leyes o el cumplimiento de las resoluciones judiciales».

El Ministerio Fiscal solicitó la condena por rebelión de nueve de los acusados por entender que, además de que concurría —tal como ha dado también por probado el TS— un alzamiento público y violento, este se había realizado con la finalidad de declarar la independencia de Cataluña, ya que, según el art. 4.2 de la inconstitucional Ley catalana del Referéndum, «[…] el Parlament, dentro de los dos días siguientes a la proclamación de los resultados oficiales de la Sindicatura Electoral, procederá a la declaración formal de independencia de Cataluña». Esta declaración unilateral de independencia —después de haberse cumplido el requisito imprescindible de que se hubiera celebrado un referéndum con un resultado favorable a la secesión— fue aprobada por el Parlament el 27 de octubre de 2017, si bien dicha declaración quedó inmediatamente neutralizada por la aplicación por el Gobierno de España —previa autorización del Senado— del art. 155 de la Constitución Española (CE), en virtud de la cual se cesó a todo el Govern de la Generalitat, anunciándose que se convocarían nuevas elecciones autonómicas lo más tarde en el término de seis meses.

2. El TS, sin embargo, rechaza la aplicación de un delito de rebelión a los nueve acusados de ella —Junqueras, Forcadell, Jordi Sánchez, Jordi Cuixart, Forn, Trull, Romeva, Rull y Bassa—, quienes, en calidad de autores, habían promovido, organizado y hecho posible el referéndum del 1-O y/o el asedio a la Conselleria de Economía el 20-S. Aun admitiendo que en ambos acontecimientos existió, efectivamente, un alzamiento violento y público en el sentido del art. 472 CP, el TS niega que concurran los elementos objetivo y subjetivo de la rebelión y decide, finalmente, por un delito de sedición consumado.

Según el TS, en los hechos juzgados no está presente el tipo objetivo de la rebelión, porque como el Tribunal deduce, entre otras pruebas, de los interrogatorios de diversos testigos y de los acusados, que la finalidad de estos, organizando los movimientos de multitudes referidos, no era alcanzar directamente la independencia mediante la celebración del el referéndum ilegal —aunque fuera eso lo que los participantes en los mismos creyeron, engañados por sus dirigentes—. Los autores, esto es, los promotores del alzamiento violento y público que han sido juzgados por el TS en su sentencia 459/2019, «[…] crearon un artificio engañoso […] para movilizar a unos ciudadanos que creyeron estar asistiendo al acto histórico de fundación de la república catalana y, en realidad, habían sido llamados

como parte tácticamente esencial de *la verdadera finalidad de los autores*. El acto participativo presentado por los acusados a la ciudadanía como el vehículo para el ejercicio del "derecho a decidir" —fórmula jurídica adaptada del derecho de autodeterminación— no era otra cosa que *la estratégica fórmula de presión política que los acusados pretendían ejercer sobre el Gobierno del Estado*» (cursivas añadidas). Expresado con otras palabras: el TS estima que aquí no concurre el tipo objetivo del art. 472, porque la «violencia» típica a la que se refiere ese precepto del CP tiene que ser «[…] violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación [con el Gobierno de la Nación]».

El TS niega también que concurra en los acusados el elemento subjetivo del tipo de rebelión (la finalidad de lograr la secesión), si bien, en este caso, considera que este tipo subjetivo solo teóricamente es escindible del tipo objetivo.

Según el TS, «[…] la finalidad del proyecto de los acusados no era vincular a sus actos de manera directa la efectiva instauración de un régimen jurídico como el diseñado en las decisiones parlamentarias [catalanas] reflejadas en las leyes 19 [del referéndum de autodeterminación] y 20 [de transitoriedad jurídica y fundacional de la República] de 2017. Se pretendía en realidad convencer a un tercero, el Gobierno democrático de España, para que negociara con el Govern de la Generalitat el modo de acceder a la independencia de una parte del territorio español respecto de España». Y prosigue el TS, en su Fundamento de Derecho B) 3.3: «Los actos llevados a cabo [por los acusados] tenían, en efecto, una finalidad de persuasión del Gobierno español. La derogación de la vigencia de la Constitución española, que se circunscribiría solo al territorio catalán, tendría como condición *sine qua non* otros actos protagonizados determinantemente por terceros —el Gobierno español— distintos de los actos del *procés* ejecutados por los acusados. Estos reforzarían su estrategia con el apoyo de la movilización ciudadana a la que convocaron insistentemente, por más que desde el engañoso mensaje de que el resultado de su participación sería vinculante para la vanamente prometida independencia—. Resulta así excluido el elemento subjetivo esencial del tipo penal imputado en las acusaciones, a saber, que la independencia y derogación constitucional sean la verdadera finalidad procurada como *efecto directo* del alzamiento que es presupuesto del tipo» (Cursivas añadidas).

3. Parto de los hechos declarados probados en la STS 459/2019 porque son únicamente los siete magistrados que integraron la Sala —cuya sabiduría, independencia y ecuanimidad están por encima de cualquier discusión posible— los que tuvieron acceso a todas las pruebas practicadas en el juicio bajo los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. Discrepo de la sentencia, sin embargo, en que, según la misma, esos hechos que se declaran probados no sean subsumibles en el delito de rebelión del art. 472 CP. El TS estima que los acusados, promoviendo los alzamientos públicos y violentos del otoño de 2017, no perseguían la finalidad de declarar directamente la independencia de Cataluña, sino solo «[…] una finalidad de persuasión del Gobierno español: la derogación de la vigencia de la Constitución española, que se circunscribiría solo al territorio catalán», finalidad que se pretendía alcanzar no por «los actos del procés ejecutados por los acusados», sino por «otros actos ejecutados por terceros —el Gobierno español—», que sería el

que, mediante una negociación con el Govern, accedería finalmente a conceder —inconstitucionalmente y vulnerando el art. 2 CE— la independencia de Cataluña. Es decir, que, según el TS, lo que sucedió realmente fue que los organizadores del referéndum del 1-O y/o del cerco a la Conselleria de Economía del 20-S, con la finalidad de alcanzar la independencia de Cataluña, se sirvieron de un alzamiento violento y público, de tal manera que, mediante esa coacción al Gobierno de España, este se prestase a iniciar un diálogo con el Govern en el que se acordaría «[…] la derogación de la Constitución española, que se circunscribiría solo al territorio catalán».

El art. 472 del CP dispone: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: […] 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional». Si, como sostiene el TS, los acusados perseguían declarar la independencia no unilateralmente, es decir, a través de la declaración de independencia del Parlament, sino mediante un acuerdo bilateral —e inconstitucional— con el Gobierno de la nación, acuerdo bilateral que habría sido posible conseguir, *solo y exclusivamente, porque previamente se había producido un alzamiento violento y público*, creo que el TS no explica suficientemente por qué esos comportamientos de los acusados no encajan en el art. 472, ya que si los acontecimientos se hubieran desarrollado como los acusados perseguían, entonces se habría declarado la independencia —que era su «verdadera finalidad»— como consecuencia de un alzamiento violento y público que habría *forzado* al Gobierno a concedérsela.

Y es que no alcanzo a comprender por qué el TS considera que solo existe rebelión cuando la finalidad rebelde se consigue *inmediatamente* como consecuencia del alzamiento (para los promotores de este, esa finalidad no se conseguía con la *irreal* declaración unilateral de independencia aprobada por el Parlament el 27 de octubre de 2017), y no estima la presencia de ese delito, en cambio, cuando esa finalidad —la «verdadera finalidad» de los autores, según el TS— se pretende lograr *mediatamente*, en virtud de un acuerdo bilateral —e inconstitucional— con el Gobierno central, siendo así, sin embargo, que ese acuerdo habría sido posible igualmente *solo como producto del mismo previo alzamiento* que habría forzado al Gobierno español a una «[…] derogación parcial de la vigencia de la Constitución española, circunscrita únicamente al territorio catalán». Y no alcanzo a comprender todo ello porque, en este último caso, también se habría dado el supuesto de hecho del art. 472, ya que los autores, con la finalidad de alcanzar la secesión, habrían promovido un alzamiento violento y público que habría tenido como consecuencia asimismo la declaración de independencia de Cataluña.

4. Toda rebelión tiene un objetivo subversivo. Y ese objetivo se puede alcanzar de tres maneras: a) cuando se arrasa por la fuerza al poder constituido (rebelión de Pinochet en Chile o de Videla en Argentina, rebelión del 18 de julio de 1936 en España); b) cuando, mediante la fuga, ese poder es entregado sin resistencia a los rebeldes (huida de Fulgencio Batista de Cuba en 1959 o de Anastasio Somoza de Nicaragua en 1979); o c) cuando, como *consecuencia del alzamiento*, se logra ese objetivo mediante un pacto con, por ejemplo, la jefatura del Estado (como consecuencia de la «marcha sobre Roma», en 1922 Mussolini pactó con el rey Víctor Manuel III, quien siguió ocupando el trono después de haberse negado a firmar el estado de sitio que le proponía el legítimo primer ministro,

Luigi Facta; ejemplo de este tercer supuesto es, también, el pacto de los coroneles con el rey de Grecia Constantino II, quien siguió ocupando durante algún tiempo la más alta magistratura del Estado).

5. Con la interpretación tan restrictiva que hace el TS del art. 472 CP, ni siquiera se habría podido condenar por rebelión a los promotores del golpe de Estado del 23-F. Es cierto que existen diferencias siderales entre este golpe de Estado y el alzamiento violento y público del otoño de 2017 en Cataluña. Entre otras, y en primer lugar, que en el primero se produjo un alzamiento *armado*, cosa que no sucedió en Cataluña. Y, en segundo lugar, que mientras que los asaltantes del Congreso el 23-F tenían que ser conscientes de que su proceder era abiertamente delictivo, los ciudadanos de Cataluña pensaron —al menos la práctica mayoría de ellos— que no cometían delito alguno (error invencible de prohibición, regulado en el art. 14.3 CP), ya que tanto el Govern como el Parlament —*instituciones legítimas* de esa Comunidad Autónoma— como los medios de comunicación dependientes de la Generalitat y las asociaciones independentistas paragubernamentales habían asegurado a los ciudadanos que la participación en el referéndum era completamente lícita, porque, votando, se estarían limitando a ejercer un derecho que les asistía —el de autodeterminación— y porque, en cualquier caso, en un Estado democrático el ejercicio de la democracia —expresado en el derecho al voto— estaría por encima de la ley.

No obstante todo ello, sí que existe un paralelismo entre el 23-F y el 1-O: Tejero, engañado, creía que en el Congreso de los Diputados se iba a presentar un militar de la más alta graduación —«hay que esperar la llegada de la autoridad competente […] militar, por supuesto»— para disolver el Parlamento e instaurar una junta militar presidida por Armada o por Milans del Bosch, algo absolutamente *irreal*, ya que estos —los promotores del golpe— lo que en realidad perseguían era persuadir a un tercero —el Congreso de los Diputados— para que este, bajo la *coacción* de que así se conseguiría el desalojo de Tejero y de las tropas a su mando, eligiera jefe de Gobierno a Armada —vulnerándose así los trámites constitucionales previstos para la designación del presidente del Gobierno: art. 99 CE—, quien formaría una «Gobierno civil» que estaría integrado por miembros de todas las formaciones políticas representadas en el Congreso, entre ellos los comunistas Solé Tura y Tamames. A esa propuesta de Armada Tejero contestó: «Mi general, yo no he asaltado el Congreso para esto», impidiéndole a aquel que se dirigiera a los diputados. Junto a la intervención del rey Juan Carlos, el desencuentro entre Tejero y Armada fue determinante para el fracaso del golpe.

Con lo expuesto se pone de manifiesto el paralelismo entre el 23-F y el 1-O: en ambos casos los materialmente alzados perseguían un objetivo *irreal*: en el 23-F, la instauración de una junta militar que nunca estuvo en la cabeza de sus promotores ni instaurar ni presidir; en el 1-O, una declaración unilateral de independencia que, por su ineficacia, tampoco fue nunca la verdadera finalidad que perseguían los dirigentes políticos catalanes acusados. El paralelismo se cierra en el hecho de que lo que proponían tanto Milans y Armada en el 23-F como los acusados en el juicio del 1-O era, *mediante un alzamiento organizado por ellos, persuadir a un tercero* —los diputados del Congreso, en un caso, al Gobierno de la nación, en el otro— para que transigiera con su «verdadera finalidad»: en el 23-F, la for-

mación de un «Gobierno civil» integrado por miembros de todas las formaciones políticas representadas en el Congreso de los Diputados que, inconstitucionalmente, deberían elegir a Armada presidente del Gobierno; en el 1-O, la concesión —inconstitucional— de la independencia de Cataluña por parte del Gobierno de la nación. De ahí se sigue que, si los acusados en el juicio del 1-O solo han sido condenados por sedición porque su finalidad de alcanzar la independencia era solo mediata y dependiente de un tercero, con los mismos argumentos puede sostenerse que el delito de sedición —y no el de rebelión— debería haber sido aplicado ahora a Milans del Bosch y a Armada.

3. DELITO DE DESOBEDIENCIA

1. La STS 459/2019 condena también —y únicamente— por un delito de desobediencia a Santiago Vila, Meritxell Borràs y Carles Mundó —que en el momento de los hechos ocupaban, respectivamente, los cargos de consejeros de Empresa y Conocimiento, de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda, y de Justicia— por haber firmado los Decretos del Govern 139/2017, de Convocatoria del Referéndum, y 140/2017, de normas complementarias para la realización del referéndum de Autodeterminación de Cataluña a pesar de que habían sido advertidos por el TC, reiterada y personalmente, de que podrían incurrir en responsabilidades, incluyendo la penal, si no se abstenían de hacerlo.

Los tres acusados alegan en su defensa —lo que es cierto— que el único requisito que se exige para la eficacia de un Decreto es la firma del presidente de la Generalitat y la del consejero afectado, por lo que la circunstancia de que en dichos Decretos figurasen también las firmas de estos tres consejeros solo se podía entender «como gesto de solidaridad» que «no añadía ni quitaba valor jurídico [a los Decretos]».

Para fundamentar la condena por un delito de desobediencia, el TS responde a este argumento de los acusados en los siguientes términos: aunque esos tres consejeros no hubieran firmado personalmente los Decretos, no por ello habrían dejado de incurrir en un delito de desobediencia, ya que «[…] todo Decreto es una norma reglamentaria aprobada por el órgano de Gobierno, una decisión colegiada que, como tal, es fruto de la concertada voluntad de los integrantes del Ejecutivo».

2. El discutido problema de la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados por las decisiones delictivas que puedan adoptar ha adquirido gran actualidad a partir, especialmente, de cuestiones relacionadas con la responsabilidad por el producto. De ello me he ocupado ampliamente, y con numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales, en otro lugar[1]. Uno de los problemas que, entre otros, he tratado es si existe o no relación de causalidad —en el sentido de la teoría de la *conditio sine qua non*— cuando en un órgano colegiado en el que se requiere mayoría para tomar cualquier decisión, y esta tiene carácter delictivo, habiéndose adoptado ya aquella, y siendo, por consiguiente, firme, ¿cuál es la responsabilidad de los restantes miembros del órgano si emiten después su (superfluo) voto a favor de la resolución mayoritaria delictiva? En mi opinión, y dada la ausencia de

relación de condicionalidad entre esos votos superfluos —subsiguientes a haberse alcanzado ya la mayoría— y el resultado, los que lo hubieran emitido después —y a no ser que ostentaran una posición de garante que les obligara a impedir el resultado— solo podrían ser calificados de cómplices del delito —habrían contribuido a su comisión con un acto que ni siquiera ha sido condición del resultado y sin el cual éste también se habría producido [art. 28 b) en relación con el art. 29 CP]…, siendo responsables de autoría únicamente aquellos primeros votantes que fueron necesarios para lograr la mayoría[2].

3. La Ley 13/2008, de 5 de diciembre, de la presidencia de la Generalidad, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, establece que «[…] corresponden al Gobierno las siguientes atribuciones: … d) Dictar decretos legislativos y decretos ley. e) Ejercer la potestad reglamentaria en todos aquellos casos en los que no esté atribuida específicamente al presidente o presidenta de la Generalidad o a los consejeros…» [art. 26. d) y e)], disponiendo, a su vez, el art. 29.1 de esa Ley autonómica 13/2008 que «[l]as decisiones del Gobierno se adoptan por mayoría simple. En caso de empate, el voto del presidente o presidenta de la Generalidad es dirimente».

A la vista de estas disposiciones autonómicas catalanas, el argumento de la STS 459/2019 para fundamentar la condena por desobediencia de Vila, Borràs y Mundó sobre la base de que, aunque no hubieran firmado personalmente los Decretos 139 y 140/2017, en cualquier caso habrían incurrido en ese delito, es el siguiente: «[…] todo Decreto es una norma reglamentaria aprobada por el órgano de Gobierno, una decisión colegiada que, como tal, es fruto de la concertada voluntad de los integrantes del Ejecutivo». Esta afirmación no puede ser acogida de una manera tan generalizada, ya que los Decretos de la Generalidad se someten a votación, por lo que no pueden ser hechos responsables de los mismos los consejeros que han votado contra su aprobación.

4. A pesar de lo que acabo de manifestar, en este caso concreto el TS tienen razón cuando condena a esos tres consejeros por un delito de desobediencia. Pues siendo conocedores tanto el entonces presidente de la generalidad, Carles Puigdemont, como todos los consejeros de que con la aprobación de esos dos Decretos se estaba desobedeciendo al TC —que ya había advertido de que con tal aprobación se podría incurrir en responsabilidades penales—, el presidente y los consejeros acordaron que tales decretos *únicamente* serían aprobados y publicados en el *Diari Oficial de la Generalitat*, *si eran firmados personalmente por todos los miembros del Govern*, de tal manera que, teniendo en cuenta aquel acuerdo previo, tanto Puigdemont como *cada uno de los consejeros* fueron condiciones *sine quibus non* de la aprobación de ambos Decretos, por lo que no puede oponerse objeción alguna a la conclusión a la que llega el TS de condenar a Vila, Borràs y Mundó por un delito de desobediencia.

4. EL FUNDAMENTO DE DERECHO A) DE LA SENTENCIA

Prescindiendo de la discrepancia rebelión/sedición y de la fundamentación —que no del resultado— de la condena a tres consejeros por un delito de desobediencia, en todo lo

demás estoy de acuerdo con la STS 459/2019, tanto en su brillante fundamentación de por qué concurren delitos de malversación como en las páginas que dedica al «juicio de autoría».

Pero, de entre lo mucho bueno que hay que destacar, se encuentra el Fundamento de Derecho A), en el que el TS, a lo largo de nada menos que 194 páginas (de la 60 a la 254) desmonta irrebatiblemente las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que, según las defensas, se habrían producido durante el proceso. Las intervenciones del presidente, Manuel Marchena —a veces consultando con, o por iniciativa de, los restantes magistrados que componían la Sala… había despertado una amplia admiración entre juristas y no juristas. En esas intervenciones —muchas veces expresadas con una chispa que distendía este tan complicado juicio, pero sin perder nunca la compostura—, Marchena, haciendo una interpretación magistral de la LECrim, y primando siempre el derecho de defensa, respetaba las reglas del interrogatorio, indicaba, entre otras cosas, cómo debe practicarse una prueba o decidía qué es lo que se puede y qué es lo que no se puede preguntar. Al leer la sentencia se comprueba que cada una de esas intervenciones estaba respaldada por la jurisprudencia española (también la del TC) y por la de los tribunales internacionales de derechos humanos, por nuestro ordenamiento procesal y por el Derecho internacional. No sé cómo lo consiguió, pero todo ese Derecho —y su aplicación— que ahora se expone con todo detalle en la sentencia, lo tenía Marchena en la cabeza, cuando en pocos segundos, a lo largo del juicio oral, decidía si y cómo intervenía. Los principios que contenidos en esas 194 páginas van a suponer un antes y un después en los futuros juicios que se desarrollen ante los tribunales españoles.

El apabullante arsenal de argumentos de Derecho nacional e internacional, de jurisprudencia nacional, internacional y de otros países a los que se remite la sentencia (pp. 198-223) para fundamentar por qué no existe un «derecho a decidir» hace que, a partir de ahora, únicamente se pueda apelar a ese derecho desde la más absoluta ignorancia o desde la voluntad de no saber.

Y lo más importante de todo: la sentencia demuestra contundentemente que en esta causa no ha habido vulneración alguna de los derechos humanos, por lo que, con ese acorazamiento, me parece imposible que puedan ponerle objeción alguna el TC o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

NOTAS

1. Cfr. Gimbernat (1999: 62-61).

2. Ibidem: 63-64 y 70.

BIBLIOGRAFÍA

GIMBERNAT, Enrique (1999): «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena

y del sistema de sanciones? Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 52 (1-3), 51-72.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

SOBRE EL DELITO DE REBELIÓN
COMENTARIOS A LA STS 459/2019, DE 14 OCTUBRE

ON THE CRIME OF REBELLION
COMMENTS TO THE SUPREME COURT SENTENCE 459/2019, 14TH OCTOBER

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal

RESUMEN

La STS 14 octubre 2019, 459/2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez) se ha ocupado, a la hora de juzgar los hechos relacionados con el llamado *procés* independentista catalán, entre otros delitos, y como una cuestión principal, del delito de rebelión, rechazando expresamente que en esos hechos existiera tal delito. En este artículo se comenta la referida sentencia solo en relación con el delito de rebelión.

PALABRAS CLAVE

Proceso independentista catalán, rebelión, sentencia del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The sentence of the Supreme Court 14 October 2019, 459/2019 (reporting judge: Honorable Mr. Manuel Marchena) dealt with the aforementioned Catalan independence process, among other crimes, having as central point the rebellion crime, rejecting expressly that the crime was committed according to these facts. In this article, the referred sentence is commented in relation to the rebellion crime.

KEYWORDS

Catalan independence process, rebellion, sentence of the Supreme Court.

SOBRE EL DELITO DE REBELIÓN COMENTARIOS A LA STS 459/2019, DE 14 OCTUBRE*

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho penal

Sumario: 1. La cuestión principal planteada en el juicio. 2. La opinión mantenida en la 22ª edición de mi *Derecho penal. Parte especial*. 3. La tesis del TS. 3.1. El concepto de violencia y las particularidades de la misma en el proceso independentista catalán. 3.2. Especial consideración del tipo subjetivo: La finalidad de conseguir la independencia de Cataluña como «ensoñación» y «engaño». 4. Otras interpretaciones jurídico penales del llamado *procés*. 5. Conclusión. Notas.

1. LA CUESTIÓN PRINCIPAL PLANTEADA EN EL JUICIO

La cuestión principal que se ha planteado en el juicio celebrado en el primer semestre de 2019 en la Sala Segunda del Tribunal Supremo («juicio del *procés*») para juzgar a quienes se consideran responsables principales de las manifestaciones y actos de protesta masivos en relación con el referéndum y la declaración de independencia de 2017 en la Comunidad Autónoma catalana es si el comportamiento de nueve de los procesados por estos hechos (algunos cargos políticos en las instituciones catalanas, otros dirigentes de movimientos sociales de dicha Comunidad) constituye, entre otros ilícitos, el delito de rebelión del que les acusaban el Ministerio fiscal y la acusación popular.

En la referida sentencia, tras la valoración de las pruebas practicadas en el juicio y de los alegatos presentados por acusación y defensas, el Tribunal Supremo considera que no existe este delito, sino, entre otros, el de sedición, del que responden los nueve acusados que durante todo el tiempo de tramitación de la causa han estado en prisión provisional e inhabilitados cautelarmente de las funciones públicas que estaban ejerciendo o pudieran

* Una versión ligeramente reducida de este artículo con el título «¿Rebelión o sedición?», está en prensa actualmente (diciembre 2019), en el Homenaje a Diego M. Luzón Peña, a quien con todo afecto dedico estas páginas.

ejercer, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 386 bis de la LECrim, para los acusados de este delito o del de integración en banda armada y terrorismo.

Durante todo el tiempo que ha durado la sustanciación de este proceso, desde el auto de procesamiento hasta la sentencia final, y en los posteriores comentarios a la misma, la discusión en el ámbito doctrinal, en la opinión pública y entre los actores del proceso sobre el tema que nos ocupa ha oscilado entre las siguientes posturas:

– La negación de que en los hechos enjuiciados haya habido delito alguno, sino solo el ejercicio de derechos democráticos como el de expresión o manifestación (postura mantenida principalmente por los abogados defensores de los acusados y gran parte de la opinión pública catalana);

– La negación de la existencia de un delito de rebelión, pero sí de uno de sedición (postura del Abogado del Estado, acogida en la referida sentencia);

– La afirmación de que existe el delito de rebelión (postura del Ministerio fiscal y de la acusación popular ejercida por los representantes del partido político Vox).

En lo que sigue me ocuparé exclusivamente del delito de rebelión

2. LA OPINIÓN MANTENIDA EN LA 22ª EDICIÓN DE MI *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*

Por las razones que ya expuse en la 22ª edición de mi *Parte especial*, que trascribo literalmente en el párrafo siguiente, mi postura es más afín a la mantenida por la Abogacía del Estado y la decisión final de TS, en el sentido de que en los hechos enjuiciados en esta sentencia puede haber, en algunos casos, un delito de sedición, pero no uno de rebelión.

Con alguna matización que expondré más adelante, estoy de acuerdo con esta sentencia en lo que se refiere a la exclusión del delito de rebelión. La rebelión encabeza el Título XXI (Capítulo I) del Código Penal, es decir, el Título dedicado a los «Delitos contra la Constitución» demostrando así que su principal característica es que constituye un atentado a las bases del propio sistema constitucional y, ciertamente, el más grave de todos por cuanto supone un ataque armado, con levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una guerra civil. Pero la rebelión supone, al mismo tiempo, un atentado a la paz pública y, con ello, al orden público, lo que le confiere un paralelismo estructural evidente con el delito de sedición y la distingue de otros delitos contra la Constitución en los que no se produce esa lesión de la paz pública. De ahí que, en un plano puramente dogmático, la distinción entre uno y otro delito sea difícil de fijar *a priori*, hasta el punto de que también se llame al delito de sedición una «rebelión en pequeño» o una rebelión de menor relevancia social y política, pero de estructura similar al verdadero delito de rebelión.

Independientemente de la valoración política que dichos hechos merezcan, y de las otras posibles calificaciones jurídicas que puedan hacerse de los mismos con base en otro tipo delitos, considero que, recurriendo a una interpretación histórica, gramatical, siste-

mática y teleológica de los preceptos legales que tipifican el delito de rebelión en el Código penal vigente, la decisión que del TS de excluir la calificación de rebelión es jurídicamente correcta y coincide con la opinión que ya expuse cuando, en junio del 2019, tras la terminación de la vista oral que se llevó a cabo durante todo el primer semestre de ese año y antes, por tanto, de conocer el contenido de la STS, escribí el siguiente texto para actualizar la 22ª edición de mi *Parte especial*, que ahora trascribo «entrecomillada» aquí[1]:

«Históricamente, el delito de rebelión se refiere fundamentalmente a los golpes de Estado tan frecuentes en nuestra historia, organizados y planeados por altos cargos militares con acompañamiento de fuerza armada y posibilidad, por tanto, de enfrentamiento armado con las fuerzas leales al régimen contra el que se rebelan; capaces, por tanto, no solo de modificar o destruir el régimen constitucional vigente y sustituirlo por otro, sino incluso de provocar una guerra civil. Así sucedió, por ejemplo, con el golpe de Estado del 18 de julio de 1936 planeado por altos cargos militares contra el régimen legítimo republicano que tras ser derrotado en la cruel Guerra Civil (1936/1939) fue suplantado por una dictadura militar que gobernó España durante casi cuarenta años. Ya en la etapa democrática hubo otro intento de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981 cuando un grupo bastante numeroso de guardias civiles al mando de un teniente coronel ocupó el Congreso de los Diputados, secuestrando durante varias horas a todos los diputados y miembros del Gobierno allí presentes, todo ello perfectamente planeado en relación con altos cargos militares, que simultáneamente en otros lugares y ciudades del país llegaron a sacar tropas y tanques a la calle y ocupar algunos centros políticos relevantes. Dicho intento, muy parecido al anterior del 18 de julio de 1936, no tuvo, sin embargo, éxito y algunos de sus principales responsables fueron condenados por el delito de rebelión a largas penas de prisión (véase STS de 22 de abril de 1983 y comentario a la misma en mi *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., 1983).

En la redacción del actual Código penal de 1995 se tuvieron naturalmente en cuenta estos precedentes inmediatos y en numerosos preceptos del Capítulo I del Título XXI se hacen continuas referencias a un alzamiento público y violento armado; así, por ejemplo, cuando se habla de «esgrimir armas» o de «combates» entre las fuerzas rebeldes y las leales (art. 473.2), o de que se «sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión» (art. 475); o cuando se emplean términos que aluden directamente a las fuerzas armadas, como «militar» (art. 476) o «jefes principales» y «mandos subalternos» (art. 473.1), etc.

También se suprimió en el Código penal de 1995 el delito de «rebelión impropia» (art. 217 del anterior Código penal), que hacía referencia a que se quisieran conseguir los fines de la rebelión sin utilizar violencia armada, lo que refuerza la interpretación de que el actual delito de rebelión se refiere solo a la rebelión «propia», es decir a aquella en la que para la consecución de los fines se emplea violencia armada.

Otra prueba de ello es el art. 479, cuando dispone que no será necesaria la intimación de los sublevados por parte de la autoridad gubernativa «desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego», y la atenuación de pena que prevé el apartado 2 del art. 480.2 respecto a «los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas […]».

Todas estas referencias demuestran que el alzamiento «público y violento» al que se refiere el art. 472 cuando describe la acción típica del delito de rebelión es el que se lleva a cabo por fuerzas militares armadas dispuestas a enfrentarse y a entrar en combate con las fuerzas militares que se mantienen fieles al régimen constitucional. En efecto, a la vista de lo que disponen estos preceptos es difícil considerar en nuestro ordenamiento jurídico que existe un delito de rebelión cuando el «alzamiento público y violento» no sea uno armado planificado, organizado y ejecutado, en todo o en parte, por miembros de las fuerzas armadas en sus distintos niveles jerárquicos que van desde los «jefes principales» hasta los «meros ejecutores», pasando por los «mandos subalternos», lo que da lugar a la figura de la «autoría mediata por control de un aparato de poder […]». Por otra parte, al ser la rebelión un delito contra la Constitución, con cuya tipificación comienza el Título XXI bajo la rúbrica de «Delitos contra la Constitución», el alzamiento público y violento ha de tener al menos una posibilidad objetiva de que los que se alzan consigan su propósito, por ejemplo el de lograr la independencia de una parte del territorio nacional, poniendo en peligro seriamente la integridad del mismo y el régimen constitucional que la fundamenta. Una mera declaración puramente simbólica de independencia, aunque vaya acompañada de manifestaciones, actos de protesta callejera, desobediencia, desórdenes públicos, etc., frente a un régimen constitucional estatal que tiene el control de las fuerzas militares y demás institutos armados, sin que haya constancia de que por parte de los independentistas hubiera fuerzas armadas militares o paramilitares con capacidad para enfrentarse a las fuerzas armadas del Gobierno del Estado central, difícilmente puede tener esta idoneidad para poner seriamente en peligro la integridad territorial del Estado. La inclusión de los hechos que motivaron el enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo de algunos políticos y dirigentes catalanes en el delito de rebelión supone, por tanto, a nuestro juicio, una desnaturalización del concepto de rebelión tal como se le configura en el vigente Código Penal y, con ello, una infracción del principio de legalidad».

3. LA TESIS DEL TS

A la vista de que la STS mantiene en sus líneas esenciales respecto al delito de rebelión la opinión que ya expuse en la 22ª edición de mi *Parte especial*, que he trascrito literalmente en el párrafo anterior, poco más tendría que decir respecto a este tema. Sin embargo, el TS llega a la misma conclusión con argumentos en parte diferentes a los que acabo de transcribir. Por tanto, me parece conveniente mostrar cuáles son los puntos en los que discrepo de los argumentos que ofrece el TS para fundamentar su decisión en este tema en el epígrafe 3.: Los hechos no son constitutivos de un delito de rebelión, del apartado B) JUICIO DE TIPICIDAD, pp. 263 ss. de la referida Sentencia.

Antes de exponer las razones por las que excluye la existencia de un delito de rebelión, en el epígrafe 1 del apartado B el TS hace una serie de consideraciones sobre lo que llama «Delimitación progresiva del objeto del proceso» (pp. 254-263) en las que advierte que, al ser «el objeto del proceso penal de cristalización progresiva», «[…] lo que en la fase de ins-

trucción se presenta como un relato fáctico construido a partir de los indicios que arrojan las diligencias de investigación, va dejando paso a un juicio histórico que, en último término, se proclama, no ya con las limitaciones propias de la primera fase de investigación, sino con la plenitud probatoria que permiten los actos de prueba que se desarrollan en el plenario» (p. 254). Con ello, el TS no hace más que resaltar el valor puramente indiciario de los fines del proceso que tiene la fase instructora o de investigación, tal como prescribe el art. 299 de la LECrim (que la STS cita expresamente), y la separación, consustancial al proceso penal acusatorio, entre la fase instructora y la fase enjuiciadora y sentenciadora, que corresponde un tribunal diferente. No deja de ser, por tanto, sorprendente que el TS insista tanto (nueve páginas) en este primer acercamiento a la calificación típica de los hechos que está enjuiciando, ya que es evidente que la calificación provisional que haya hecho el iuez de instrucción en la fase sumarial no vincula al tribunal sentenciador. Pero dado que el juez instructor aceptaba en su auto de procesamiento la posibilidad de que en los hechos que estaba investigando hubiera un delito de rebelión (también alternativamente admitía uno de sedición), el TS quiere dejar sentado desde un primer momento que dicha calificación (provisional) no le vincula en absoluto a la hora de llevar a cabo una la calificación definitiva en la sentencia.

Es evidente que dado el carácter secuencial, o de «cristalización progresiva», como se dice en la STS, de las distintas fases del proceso, la secuencia última y decisiva es la que se lleva a cabo en la sentencia tras el correspondiente juicio oral. El problema es que de la calificación (provisional) como rebelión que hace el juez de instrucción se derivaron la adopción de algunas medidas cautelares, entre las que destacan la prisión provisional y la suspensión para cargo público, que, conforme a lo que dispone el art. 384 bis de la LECrim[2], la Sala de Apelaciones del TS mantuvo durante toda la tramitación de la causa frente a los recursos que presentaron los abogados defensores. Por tanto, no se puede decir que la calificación de los hechos como un posible delito de rebelión en el auto de procesamiento, por más que no vinculara luego al tribunal sentenciador, fuera totalmente inocua y sin mayores consecuencias. Es más, uno tiene la impresión de que la insistencia en la calificación como delito de rebelión que mantuvo hasta su Informe final el Ministerio Fiscal, sin siquiera proponer la alternativa de que hubiera una delito de sedición, y la de algunos articulistas que también mantuvieron esta calificación con toda energía durante toda la tramitación del proceso, tenían como objetivo principal fortalecer la adopción de estas medidas cautelares que permitían la prisión provisional de los acusados y la suspensión de la función o cargo público que estaban ocupando mientras durase la situación de prisión.

También quiere el TS dejar claro en este epígrafe que solo se ocupa de enjuiciar los hechos y las personas que han sido objeto de investigación en este concreto proceso, y no otros hechos que igualmente pueden ser penalmente relevantes u otras personas que pueden ser responsables de esos hechos o de los que se investigan en este proceso pero que, por diversas razones, bien por distinta competencia jurisdiccional (caso del major de los Mossos d'Esquadra, Trapero, juzgado por la Audiencia Nacional), bien por encontrarse en situación rebeldía (caso del expresidente Puigdemont y alguno de sus colaboradores), no han sido incorporadas al mismo.

Una vez aclarado este extremo, el TS, tras un breve epígrafe (2) en el que el que sucintamente se refiere a «[…] la subsunción jurídica de los hechos como desenlace de las pruebas debatidas en el juicio oral», en el epígrafe 3 pasa explicar por qué «[…] los hechos no son constitutivos de un delito de rebelión», rebatiendo con contundentes argumentos los argumentos del Ministerio Público en favor de ese delito. En este epígrafe, distinguiendo nítidamente entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito en cuestión[3], analiza los distintos elementos que configuran la tipicidad de este delito y explica por qué los hechos que está juzgando no pueden ser subsumidos en el mismo. De ello nos ocuparemos en los epígrafes siguientes.

3.1. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA Y LAS PARTICULARIDADES DE LA MISMA EN EL PROCESO INDEPENDENTISTA CATALÁN

Por lo que al tipo objetivo se refiere, el TS centra su atención en el concepto de «violencia», elemento fundamental del delito de rebelión, que se define en el párrafo 1 del art. 472 del Código penal como un alzamiento «violento» («los que se alzaren violenta y públicamente», dice literalmente el citado precepto). El TS es consciente de la amplitud con la que se viene interpretando jurisprudencialmente el término «violencia» en los distintos delitos en cuya descripción típica se emplea ese término, hasta el punto de que, por ejemplo, en el delito de coacciones se llega a considerar como violencia la *vis in rebus*, es decir, la fuerza en las cosas, y no solo a la que se ejerce sobre las personas. Sin llegar tan lejos en este caso, el TS considera que, de todos modos, por violencia se entiende también la «intimidación», aunque, como sucede en la descripción típica del delito de rebelión, a diferencia de lo que sucede en otros delitos como la agresión sexual o el robo, no se mencione expresamente la intimidación, es decir, la amenaza de violencia. Pero no llega hasta el punto de considerar como tal los hechos que, según el Ministerio Fiscal, venía sucediéndose desde 2012 en diversas manifestaciones independentistas, sino los que sucedieron principalmente el 20 de septiembre del 2017, cuando diversas movilizaciones multitudinarias impidieron el traslado de algunos detenidos al lugar donde iban a practicarse, por orden judicial, la entrada y registro; o provocaron la necesidad de una protección física de los funcionarios comisionados por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, asumida en el caso de los incidentes ante la Consejería de Economía por los Mossos (p. 266). También se califican como hechos violentos los incidentes que tuvieron lugar el 1 de octubre del mismo año en diversos lugares de la geografía catalana, cuando, con motivo de la celebración del referéndum declarado ilegal, hubo enfrentamientos entre ciudadanos y agentes de la autoridad que derivaron en «[…] lesiones que, en numerosos casos, exigieron asistencia facultativa» (p. 267).

No obstante, y dando por probados hechos que indudablemente constituyeron actos de violencia (también en su vertiente intimidatoria), el TS considera que «[…] no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Resolver el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de su hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que

esta Sala […] no puede suscribir. La violencia tiene que ser 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).

Y como argumento fundamental en el que apoya esta interpretación para delimitar el concepto de violencia recurre al criterio del bien jurídico protegido por el art. 472 del Código Penal. Si se trata de un delito contra la Constitución, solo los actos que puedan lesionar o poner realmente en peligro el sistema constitucional —en este caso, la integridad del territorio nacional— pueden constituir la violencia que funcionalmente puede alcanzar la categoría de un delito de rebelión. «La violencia penalmente relevante del delito de rebelión —dice expresamente la STS— es solamente aquella que se vincula al tiempo que producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica […]. Lo que correlativamente supone la exclusión de la relevancia penal en los casos, si no de ineficiencia, sí de inidoneidad o ineficacia considerable, ya *ex ante*, que impediría afirmar que se ha colmado la exigencia típica de dar principio a la ejecución» (p. 269).

No deja de ser interesante que, para delimitar el nivel de la violencia requerida por el delito de rebelión, el TS en ningún momento aluda a la inexistencia de lucha o de confrontación armada, o a que no han intervenido en los sucesos ocurridos el 20 de septiembre y el 1 de octubre del 2017 fuerzas armadas, militares o de seguridad que se enfrentaran o resistieran la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad estatales (Policía Nacional o Guardia Civil). La actuación de los Mossos d'Esquadra, cuerpo policial de seguridad dependiente de la Generalitat catalana, se limitó a proteger o garantizar la seguridad de la funcionaria que estaba realizando una tarea judicial en la Consejería de Economía el 20 de septiembre, y a desempeñar un papel pasivo, o simplemente a comunicar a los votantes en el referéndum del 1 de octubre la declaración de ilegalidad del mismo que había hecho el Tribunal Constitucional, sin hacer nada por impedir dicha votación; pero ni por parte de estos Mossos ni por parte de los manifestantes y votantes hubo exhibición o uso de armas de fuego ni resistencia armada a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Es verdad que hubo empujones, insultos, actos de desobediencia, resistencia pasiva, sentadas, utilización de vallas, etc., pero en ningún caso empleo de violencia armada y menos aún una organización paramilitar o militar que la empleara. Si se comparan estas manifestaciones multitudinarias con las habidas recientemente a raíz de la publicación de la STS que comentamos en octubre del 2019, sobre todo en Barcelona, pero también en otras ciudades de Cataluña, con actos de vandalismo, desordenes públicos, daños a la propiedad pública y privada, bloqueo del Aeropuerto del Prat, y de calles con barricadas incendiadas, enfrentamientos con las fuerzas de seguridad (Policía Nacional y Mossos d'Esquadra) que intentaban restablecer el orden, puede verse claramente la diferencia entre lo que es una violencia de resistencia pasiva —que más bien reflejaba una desobediencia civil generalizada— y lo que es una violencia en la que se empleó verdadera fuerza física e intimidatoria contra los agentes de la autoridad, con destrucción de material urbano, bienes de propiedad pública y privada, etc. Pero ni siquiera en este último caso puede afirmarse que los manifestantes violentos y demás personas que llevaron a cabo tales actos de violencia se utilizaran armas de fuego y material militar suficiente como para enfrentarse con posibilidades de éxito con

las fuerzas de seguridad; y desde luego en ningún caso hubieran sido suficientes para poder establecer una conexión causal entre esos actos de protesta por la STS y su aspiración de conseguir por esta vía la independencia del territorio de Cataluña. Estos actos de protesta se podrán, por tanto, calificar penalmente de muchas maneras (desobediencia, resistencia, atentados, desordenes públicos, daños, etc.), pero en ningún caso como rebelión. La razón fundamental para ello es, a mi juicio, que ni en septiembre/octubre del 2017 ni en octubre del 2019 hubo un levantamiento armado planificado, organizado y ejecutado, en todo o en parte, por miembros de las fuerzas armadas en sus distintos niveles jerárquicos que van desde los «jefes principales» hasta los «meros ejecutores», pasando por los «mandos subalternos», etc., que son los supuestos a los que continuamente hacen referencia los artículos que tipifican el delito de rebelión. Basta con leer algunos de esos artículos para darse cuenta de hasta qué punto es inherente al delito de rebelión el choque violento entre fuerzas armadas; así, por ejemplo, cuando se habla de «esgrimir armas» o de «combates» entre las fuerzas rebeldes y las leales en el art. 473.2; o de que se «sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión» en el art. 475; o cuando se emplean términos que aluden directamente a las fuerzas armadas, como «militar» (art. 476) o «jefes principales» y «mandos subalternos» (art. 473.1, etc.). Desde luego, en la historia de nuestro país no creo que haya habido ningún golpe de Estado, con o sin éxito, en el que los rebeldes, generales y jefes, mandos subalternos y soldados, miembros todos de las fuerzas armadas, no hayan hecho uso de las armas llegando a enfrentamientos armados con las fuerzas gubernamentales hasta el punto incluso, en algún caso, de llegar a la Guerra Civil (18 julio 1936), o al menos a la ocupación de edificios, instituciones como el Congreso de los Diputados, tanques en las calles, publicación de mandos militares, etc (23 febrero 1981). No sé, por tanto, a qué delito de rebelión se refieren los que prescinden completamente del uso de la violencia o intimidación armada como elemento conceptual de la tipicidad del delito de rebelión, o todo lo más lo admiten como una cualificación o agravación del mismo.

Es justamente por eso por lo que el TS puede decir en su sentencia que «[…] la inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la prometida independencia era manifiesta» y que «[…] el Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza militar, policial, jurisdiccional o incluso social» (p. 271). «Es claro —dice también— que los alzados no disponían de los más elementales medios para, si eso fuera lo que pretendían, doblegar al Estado pertrechado con instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado» (p. 272).

Esto es más o menos lo que, unos meses antes de la publicación de la STS, escribí para la actualización de la 22ª edición de mi *Parte especial* y que, de nuevo, vuelvo a reproducir aquí:

«Al ser la rebelión un delito contra la Constitución, con cuya tipificación comienza el Título XXI bajo la rúbrica de "Delitos contra la Constitución", el alzamiento público y violento ha de tener al menos una posibilidad objetiva de que los que se alzan consigan su propósito, por ejemplo el de lograr la independencia de una parte del territorio nacional,

poniendo en peligro seriamente la integridad del mismo y el régimen constitucional que la fundamenta. Una mera declaración puramente simbólica de independencia, aunque vaya acompañada de manifestaciones, actos de protesta callejera, desobediencia, desórdenes públicos, etc., frente a un régimen constitucional estatal que tiene el control de las fuerzas militares y demás institutos armados, sin que haya constancia de que por parte de los independentistas hubiera fuerzas armadas militares o paramilitares con capacidad para enfrentarse a las fuerzas armadas del Gobierno del Estado central, difícilmente puede tener esta idoneidad para poner seriamente en peligro la integridad territorial del Estado. La inclusión de los hechos que motivaron el enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo de algunos políticos y dirigentes catalanes en el delito de rebelión supone, por tanto, a nuestro juicio, una desnaturalización del concepto de rebelión tal como se le configura en el vigente Código Penal y, con ello, una infracción del principio de legalidad».

Ello se deriva simplemente de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva que viene proponiendo desde los años 70 en la dogmática alemana Claus Roxin, y que hoy es absolutamente dominante en la doctrina y en parte de la jurisprudencia española. Pues solo la creación o incremento ilegal de un riesgo relevante de que se produzca la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico puede constituir el tipo objetivo de un hecho delictivo. Obviamente, en el caso juzgado por la STS, y en atención a los hechos que en la misma se dan por probados, y no a los hechos que algunos comentaristas se sacan de la manga o de su imaginación, a su antojo o su conveniencia, al no haberse dado supuestos de violencia armada en las manifestaciones de septiembre y octubre del 2017, el TS no tenía por qué referirse a ellos, pero, a mi juicio, al omitir cualquier referencia a este extremo ha perdido una buena ocasión para dejar más claramente delimitado el delito de rebelión y diferenciarlo del de sedición, cuyo tipo objetivo, sin referencia al enfrentamiento armado entre fuerzas militares, coincide, en la interpretación que hace el TS y de los autores que prescinden de la violencia armada como elemento típico del delito de rebelión (Cfr. *infra*, 4), prácticamente con el de rebelión, salvo en lo que se refiere a la finalidad de conseguir la independencia de una parte del territorio nacional, extremo este al que se refiere expresamente en el epígrafe 3.3. y del que nos vamos a ocupar seguidamente.

3.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO: LA FINALIDAD DE CONSEGUIR LA INDEPENDENCIA DE CATALUÑA COMO «ENSOÑACIÓN» Y «ENGAÑO»

El TS no basa su decisión de excluir el delito de rebelión solo en la inexistencia de los elementos que fundamentan el tipo objetivo de este delito, («por si sola suficiente para excluir esa calificación jurídica», dice literalmente al comienzo del apartado 3.3, p. 271), sino que igualmente afirma su inexistencia «tras el examen del tipo subjetivo» (lug. cit.). En este punto, discrepo de la fundamentación a la que recurre el TS para excluir, también por esta vía, la existencia de un delito de rebelión. Puede ser que, efectivamente, los acusados supieran desde un primer momento que su intento de conseguir la independencia por la vía de «una declaración unilateral de independencia», por más que estuviera basada en la

declaraciones y decisiones efectuadas en este sentido en la sede parlamentaria catalana, los días 6 y 7 septiembre 2017, y tras el referéndum celebrado, ilegalmente y sin garantías, el 1 de octubre del mismo año, estuviera destinado al fracaso. Pero esto no excluye que su propósito («declarar la independencia del territorio catalán») coincida con el tipo subjetivo del delito de rebelión, en este caso con el fin previsto en el núm. 5º del art. 472 del vigente Código penal: «Declarar la independencia de una parte del territorio nacional».

Con base en los hechos declarados probados en esta STS, no puede negarse que este fuera el propósito de los acusados, por más que carecieran de una base objetiva para conseguirlo. La referencia a la ausencia del tipo subjetivo para negar la existencia del delito de rebelión cuando ya se ha rechazado la existencia del tipo objetivo del mismo me parece, por tanto, superflua, además de que complica la decisión con un argumento harto discutible. La prueba del tipo subjetivo de cualquier delito es casi siempre problemática. Los elementos consistentes en una disposición o tendencia anímica no son accesibles a través de una prueba directa de su contenido espiritual, sino a través de una serie de indicios objetivos de los que puede deducirse con mayor o menor exactitud su existencia[4]. Como tiene establecido el mismo Tribunal Supremo en relación con otros muchos delitos, los elementos subjetivos se pueden deducir de los objetivos, pero nunca probarse directamente, pues obviamente nadie puede saber exactamente lo que una persona piensa y quiere en el interior de su mente[5].

En definitiva, para excluir el delito de rebelión en este caso, no hacía falta recurrir a una especie de ausencia de propósito de conseguir la independencia, considerando que eso todo lo más era producto de una especie de «ensoñación» de los acusados, sin un propósito real de conseguirla. Este argumento podría tener alguna validez si realmente existiera base suficiente en los hechos probados para estimar que se daba el tipo objetivo del delito de rebelión, y que solo la falta de intención de conseguir la independencia de una parte del territorio de nacional excluiría el tipo subjetivo de este delito y, por tanto, el delito mismo. Pero desde el momento en que se niega la existencia del tipo objetivo del delito en cuestión, parece innecesario ocuparse de si se dio o no el tipo subjetivo de ese delito.

El recurso a la ausencia del tipo subjetivo de un delito, en este caso, del dolo típico del delito de rebelión (el propósito de conseguir la independencia de una parte del territorio nacional) es siempre un recurso problemático que nos remite a algo difícil, por no decir imposible de probar: constatar lo que sucede en la mente de una persona. Es verdad que, a la vista de los sucedido a partir del 6/7 de septiembre 2017 en el Parlament catalán y del referéndum del 1 de octubre, puede decirse que ese propósito fue más un deseo o una ilusión que una realidad, pues era difícil que solo por este tipo de actos simbólicos, sin ninguna validez jurídica desde el punto de vista del ordenamiento jurídico del Estado del que se querían independizar, pudiera conseguirse unilateralmente la independencia. Pero está claro, que aunque «a toro pasado» o, como se diría más técnicamente, *ex post*, ese propósito era de difícil realización, no por ello era inexistente. Las declaraciones de independencia eran diáfanas y revelaban un propósito claramente independentista. Y así se le hizo creer a buena parte de los ciudadanos («El engañoso mensaje de que el resultado de su participación seria vinculante para la vanamente prometida independencia», dice literalmente

la STS, p. 273). Pero como tantas veces sucede, una cosa es lo que se quiere conseguir, y otra distinta lo que se puede conseguir en la realidad. El impotente puede querer violar a una mujer, pero no puede conseguirla porque el tipo objetivo de ese delito requiere la penetración, y en el caso de tentativa por lo menos la posibilidad objetiva de poder llevarla a cabo. El que quiere matar con una pistola de fogueo o sin balas a su enemigo puede que sea responsable de un delito de amenazas, pero en la medida en que sepa que la pistola no puede disparar, no puede ser acusado ni siquiera de una tentativa de homicidio. Ya decían los clásicos que «los pensamientos no delinquen», pero tampoco «los deseos», por malos que sean, cuando no tienen ninguna posibilidad de realizarse. De ahí que, a mi juicio, es mejor basarse en la inexistencia del tipo objetivo, y concretamente en la práctica imposibilidad objetivamente demostrable de que los acusados no podían conseguir su propósito que en la afirmación, bastante discutible, de que su propósito no era realmente el de conseguir la independencia. Entre el deseo y la realidad hay casi siempre diferencias notables. En casi todas las exposiciones que se hacen en los manuales y tratados de Derecho penal sobre el concepto de dolo, suele distinguirse entre el dolo referido exclusivamente al tipo objetivo de un delito (por ejemplo, en el homicidio, la intención de matar) y el deseo ulterior que el sujeto pretende alcanzar con la realización del delito (por ejemplo, heredar a la víctima), que generalmente es penalmente irrelevante o todo lo más constituiría un elemento subjetivo del injusto que iría más allá del concepto de dolo. Del mismo modo, se considera que, por muy clara que sea la intención o voluntad del sujeto de conseguir el resultado típico, cuando este es de imposible realización, bien por inidoneidad de los medios o del sujeto, la tentativa, absolutamente inidónea, deja de ser punible por más que el sujeto pretenda conseguir con ello el resultado típico de un delito. Intentar matar con una pistola de fogueo o descargada cuando el sujeto sabe que no puede producir el resultado muerte, es un hecho penalmente irrelevante. Si la intención se queda en el mero deseo, el hecho deja de ser penalmente relevante en relación con al tipo delictivo que se pretendía realizar, no porque falte la intención, sino por la inidoneidad del medio utilizado para conseguir la realización del dolo típico. Por tanto, el TS tiene parte de razón cuando afirma que el tipo subjetivo del delito de rebelión no se daba en los responsables del *procés*, pero no tanto porque su intención no fuera la de conseguir la «independencia del territorio de la Comunidad Autónoma catalana», sino porque esta intención, mirada objetivamente desde el punto de vista de un tercero imparcial, no tenía posibilidades de realizarse en la forma en que se pretendía conseguir, por la inidoneidad y la falta de peligrosidad objetiva de los medios elegidos para conseguir sus fines, deviniendo así en una mera «ilusión» o «ensoñación» penalmente irrelevante. Lo que el TS viene a decir, en definitiva, es algo que recuerda a lo que jocosamente dice el trovador al comienzo de la famosa comedia de Pedro Muñoz Seca *La venganza de Don Mendo*, a saber, que «para asaltar torreones, cuatro Quiñones son pocos, hacen falta más Quiñones». Y ante eso poco más cabe decir. El TS opta por calificar la intentona separatista como una especie de delito imposible de rebelión; aunque, dogmáticamente, más bien parece una tentativa absolutamente inidónea por la escasa, por no decir, ausencia de posibilidad objetiva de conseguir su propósito. Una tentativa que, en todo caso, no sería punible dada la estructura de delito de consumación anticipada que tiene el delito de rebelión, cuya consumación material supondría el triunfo de los rebeldes, e

incluso, como sucedió tras el golpe de Estado contra el Gobierno legítimo de la República, el 18 de julio de 1936, que los rebeldes se constituyeran en poder *de facto*, e instituyeran un nuevo régimen político en forma de dictadura que se prolongó hasta la muerte del dictador durante casi cuarenta años.

Tampoco tiene consideración la conspiración para el delito de rebelión prevista expresamente como delito en el art. 477 del Código penal, ya que, si se niega la existencia del delito principal de rebelión, con mucha mayor razón se tiene que excluir la conspiración para dicho delito.

4. OTRAS INTERPRETACIONES JURÍDICO PENALES DEL LLAMADO *PROCÉS*

Aunque, por falta de espacio y de tiempo, no es objeto de este comentario polemizar con otras interpretaciones que se han dado sobre el contenido del delito de rebelión, me parece necesario hacer referencias a algunas de las opiniones vertidas principalmente en artículos de opinión publicados en algunos medios de comunicación y también de un modo más genérico en manuales y comentarios[6], discrepantes de la STS y, por tanto, de la que acabo de exponer y que ya, de forma más resumida, expuse en la 22ª edición de mi *Parte especial* (Cfr., *supra*, 1.3). Tanto en los comentarios que ha suscitado esta Sentencia, como los que se han vertido aun antes de que se dictara la misma —durante los meses que ha durado la sustanciación de este proceso desde la fase inicial en la instrucción— se ha mantenido que, con base en una interpretación extensiva e incluso analógica del concepto de violencia, también cabe en el actual delito de rebelión el empleo o utilización de cualquier tipo de violencia, entendida esta en un sentido amplio, como forma de expresar el sentimiento, deseo o propósito de conseguir la independencia y, por lo tanto, cualquier acto de violencia realizado con este propósito constituiría un delito de rebelión.

Así, por ejemplo, algunos consideran que cualquier delito que se realice con la finalidad de declarar la independencia de una parte del territorio nacional es ya de por sí constitutivo de rebelión. A mi juicio, este argumento excede en mucho el sentido literal posible del concepto de «violencia», que obviamente solo puede aplicarse en aquellos casos en los que esta se ejerce contra otras personas la fuerza física, la *vis* absoluta, o en su sucedáneo psicológico, la «intimidación», como ocurre en el delito de agresión sexual o en el robo con violencia o intimidación. No hace falta saber mucho Derecho penal para entender que hay otros muchos delitos en los que, por definición, su núcleo fundamental consiste en que para su realización se emplea el engaño o el fraude, como son, en mayor o menor medida, todos los delitos patrimoniales que suelen exponerse sistemáticamente como «fraudes», o delitos fraudulentos, en los que, por definición, está presente en su realización el engaño, que es precisamente lo opuesto a la violencia, haciendo así valer la definición que ya en su día expuso Cicerón: *duobus modus fit iniuria, aut vi, aut fraude*. Esta diferencia, fundamental entre ambas formas de realización de un hecho criminal es tan evidente que no hace falta siquiera comentarla. Además, la realización violenta (o intimidatoria) de un hecho

es siempre constitutiva de un delito, mientras que la fraudulenta, salvo en algunos delitos patrimoniales y económicos, no es constitutiva de un delito, siendo suficientes muchas veces las sanciones civiles o administrativas. Decir, por tanto, que basta con la realización de cualquier delito para que se pueda hablar de violencia supone una «perversión» del lenguaje coloquial y jurídico, que solo como una imagen metafórica puede emplearse.

Un argumento a favor de esta última interpretación podría mantenerse, sin embargo, si pudiera invocarse el art. 217 del Código penal anterior a 1995, que castigaba como «*como rebeldes* (cursivas del autor), con la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años), 1º) Los que sin alzarse contra el Gobierno, cometieren con astucia o por cualquier otro medio contrario a las leyes, algunos de los delitos comprendidos en el artículo 214» (es decir, los constitutivos de la rebelión propiamente dicha); o en el apartado 3º) del mismo artículo 217, «los que en forma diversa en la prevista en el Capítulo I, Título I de este Libro atentaren contra la integridad de la nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal nación». Pero este precepto, llamado «rebelión impropia» (*vid.* el texto, sin más comentario, en mi *Parte Especial*, hasta la 10ª edición de la misma, 1995, pp. 730 ss.), fue suprimido en el Código penal de 1995 y creo que nunca fue aplicado a lo largo de su historia. De todas formas, este delito tenía un pena sensiblemente inferior a la de la rebelión propiamente dicha del art. 214, que tenía una pena de reclusión mayor (de veinte años y un día a treinta años y, antes de su supresión por la Constitución, aun la pena de muerte), e incluso inferior a la de la sedición que en el art. 219, 1º) del anterior Código Penal tenía una pena también de reclusión mayor. Por ello, no deja de ser paradójico que algunos de los que actualmente consideran que en el llamado *procés* independentista catalán hubo verdadera rebelión y no sedición preconicen ahora la reintroducción en el Código Penal del delito de «rebelión impropia» del anterior Código Penal, por el que los dirigentes catalanes tendrían que ser condenados a una pena inferior a la que se les ha impuesto por el delito de sedición.

Es verdad que en la nueva configuración del delito de terrorismo, sobre todo a partir de la reforma del Código penal en el 2015, se considera que prácticamente todo delito cometido para llevar a cabo cualquiera de las siguientes finalidades mencionadas en el art. 573, entre otras «subvertir el orden constitucional», puede calificarse como delito de terrorismo. Pero independientemente de las críticas que merezca esta configuración del delito de terrorismo, y de la diferente naturaleza y penalidad de uno y otro delito[7], no puede decirse que todos los delitos mencionados en el art. 573, entre los que se mencionan, por ejemplo, los delitos contra el «patrimonio» sean en sí mismos delitos «violentos», por más que puedan emplearse para conseguir los fines a que se refiere el art. 573 y, en todo caso, la aplicación de este precepto solo sería posible en la medida en que se considerara que los responsables del *procés* formaran una organización criminal terrorista, algo que ni siquiera la acusación popular llegó a mantener, aunque sí mantuviera (contradictoriamente, a mi juicio) la calificación de organización criminal, que el Tribunal Supremo rechazó alegando que este tipo delictivo de extraña configuración[8] carece de autonomía cuando es consustancial como elemento comisivo del delito de sedición, que están, dice literalmente el TS, en una «[…] previsible relación de consunción, propias del concurso de normas, que puede existir en-

tre el delito de organización criminal y un delito de sedición que en su descripción típica incluye un tratamiento penal singularizado para quienes hayan […] *dirigido la sedición o aparecieran en ella como sus principales autores*» (cursivas en el original) (Cfr. apartado 7 de la STS, p. 296.).

Una interpretación similar a la anterior es la que considera que en el delito de rebelión no es esencial el empleo de la violencia «armada», sino cualquier otro delito en el que se emplee la violencia o la intimidación, como puede suceder en algunos delitos contra el orden público, bien sea la propia sedición, los desórdenes públicos, las coacciones y amenazas, la resistencia y atentados a las fuerzas de orden público, realizados sin armas u otros medios peligrosos. Para los que defienden esta postura, el empleo de armas y de fuerzas armadas, a las que se refieren expresamente algunos de los artículos que regulan el delito de rebelión en el Código Penal vigente, son elementos de un tipo cualificado o agravado de uno básico, que es el contenido en el art. 472, que solo se refiere a «[…] los que se alzaren violenta y públicamente», sin aludir para nada al empleo de armas, que sí se menciona, en cambio, en otros preceptos. Esta interpretación, a la que de algún modo da motivo el TS al no referirse al empleo de la «violencia armada» como elemento constitutivo del delito de rebelión, iguala el tipo objetivo de la rebelión con el de sedición, que, tal como se describe en el art. 544 del Código penal, es un tipo subsidiario del de rebelión («sin estar comprendidos en el delito de rebelión»), pero en el que el alzamiento público y tumultuario, incluso «por la fuerza» se lleva a cabo sin ningún tipo de «violencia armada», a la que no alude ninguno de los preceptos que regulan la sedición. Con la interpretación que proponen los que consideran que tampoco en el delito de rebelión es necesaria la «violencia armada» confunden, a mi juicio, ambos delitos, que tienen asignadas penas de diferente gravedad, haciendo recaer la diferencia únicamente en algo tan etéreo y siempre difícil de probar como es el tipo subjetivo de cualquier delito. Según esta interpretación, la rebelión sería en el tipo objetivo exactamente igual que la sedición, solo que con las finalidades que se mencionan en el art. 477. Todas las referencias, antes señaladas, que se hacen en la configuración del delito de rebelión a la «violencia armada» («esgrimir armas» o de «combates» entre las fuerzas rebeldes y las leales (art. 473.2); se «sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión» (art. 475); o cuando se emplean términos que aluden directamente a las fuerzas armadas, como «militar» (art. 476) o «jefes principales» y «mandos subalternos» (art. 473.1), etc.) serían meras cualificaciones o tipos agravados de un tipo básico de rebelión, el tipificado en el art. 477, en el que la «violencia armada» no sería elemento de su tipicidad. Por las razones ya dichas anteriormente al comentar la STS, creo que esta interpretación ignora el sentido y fin del delito de rebelión como delito autónomo contra la Constitución, que no es otro que evitar la guerra civil, el enfrentamiento armado que, obviamente, como ha quedado demostrado precisamente con el fracaso del llamado *procés*, hoy por hoy sería la única posibilidad de que los llamados rebeldes pudieran conseguir el fin que pretendían con su declaración unilateral de independencia.

Igualmente rechazables, por incompatibles con el sentido literal de la actual regulación del delito de rebelión, sería incluir en el mismo otro tipo de «guerra», como la llamada

«guerra cibernética», que obviamente no pudo estar en la mente del legislador decimonónico, que se enfrentó por primera vez en la época de los pronunciamientos militares con la configuración típica del delito de rebelión, y tampoco en los redactores del Código penal de 1995, en una época en la que la llamada «guerra cibernética» era una entelequia apenas imaginable. Evidentemente, no se le puede reprochar a Napoleón no haber hecho uso de la aviación en la batalla de Waterloo. Incluso hoy, cuando los delitos informáticos pueden provocar graves alteraciones en el funcionamiento de las instituciones del Estado, la posibilidad de que su comisión pueda, por sí sola, conseguir los fines previstos en el art. 472, parece más bien ciencia ficción y, en todo caso, obligaría a una nueva regulación de este delito que lo asemejaría peligrosamente a la que actualmente existe del delito de terrorismo en el art. 473. 2 del Código Penal, en el que se considera «[…] igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter, y 264 a 264 quater, cuando los hechos se cometan con algunas de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior». Algo que en relación con el delito de rebelión puede ser discutible en el plano de la *lege ferenda*, pero que es absolutamente rechazable en el de la *lege lata*, salvo que se admita como fuente del Derecho penal también la analogía *in malam parten*, que, no hace falta decirlo, es completamente contraria al principio de legalidad y a los principios del Estado de Derecho que precisamente queremos defender frente a los que quieren atacarlo.

5. CONCLUSIÓN

Mientras los penalistas discutimos hasta la extenuación si en los hechos del *procés* hubo rebelión o sedición, como los conejos de la fábula de Samaniego discutían sobre si los perros que los perseguían eran galgos o podencos, el problema separatista catalán seguirá adelante sin que nadie sepa muy bien cómo solucionarlo. El TS ha cumplido su misión, e independientemente de los matices y discrepancias que puedan expresarse sobre su Sentencia, más no se le puede pedir. Ahora son otros, otras instancias, otras instituciones, a través de sus representantes, los que tienen que enfrentarse con el problema, al que no se le ve una solución o salida fácil. Lo que empezó con proclamas e himnos patrióticos de uno y otro signo, votaciones simbólicas en cajas de cartón, sonrisas, ramos de flores, canticos, y cajitas de bombones puede ir a mayores y terminar, si no se encuentra una solución rápida, como el «rosario de la aurora», con «duelos y quebrantos»[9] para ambas partes del conflicto. Como dice el protagonista principal de la obra de Bertolt Brecht *El hombre bueno de Sezuan*, el final debe ser un final bueno, quizás con otros dioses o mejor con ninguno.

NOTAS

1. Muñoz Conde, F. ([22]2019): *Derecho penal, Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 719-720.

2. «Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuvie-

re ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

3. La exposición de la tipicidad del delito, distinguiendo entre el *tipo objetivo* y el *tipo subjetivo* del delito en cuestión, se ha ido imponiendo ya desde hace tiempo en la doctrina penal española, tanto en los libros de texto, manuales y tratados de Derecho penal, como en los artículos y monografías que se ocupan de la Parte especial del Derecho penal y del estudio de concretos delitos. Dicha sistemática fue acogida por mí ya en mi tesis doctoral *El delito de alzamiento de bienes* (1ª edición, Barcelona 1971, 2ª ed. Barcelona 1999) y en la exposición completa de la Parte especial desde la primera edición de mi Manual (*Derecho penal. Parte especial*, Sevilla 1975/76), siguiendo el sistema, no la fundamentación teórica, de la *teoría final de la acción*. Es por tanto motivo de satisfacción que, por lo menos en este punto, exista coincidencia entre la doctrina y la *praxis* jurisprudencial y que el TS acoja también esta sistemática en la exposición de los Fundamentos de Derecho de sus decisiones.

4. En este sentido, *vid.* Hassemer, W. (1985): *Fundamentos del Derecho penal*, trad. de L. Arroyo Zapatero y F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, pp. 227 ss.; también, y en relación directa con la prueba del dolo, Hassemer, W. (1999): «Los elementos característicos del dolo» en *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. M. M. Díaz Pita y F. Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 119 ss.

5. Así, por ejemplo, sucede con las diferencias entre dolo eventual e imprudencia consciente en el homicidio, o entre dolo de matar y dolo de lesionar, que dan lugar a la compleja construcción del llamado «homicidio preterintencional» y a la difícil distinción entre un delito consumado de lesiones y la tentativa de un homicidio o asesinato (sobre ello me remito a Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial,* cit., pp. 37 ss. y 43).

6. En lo que alcanzo a ver, el único trabajo monográfico publicado poco antes (agosto del 2019) de la publicación de la STS sobre el *procés*, pero referido expresamente a los hechos que motivaron la misma es el de Llabrés Fuster («El concepto de violencia en el delito de rebelión (art. 472 CP)», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, *RECPC,* 21-08-2019. Tras una exhaustiva exposición de la bibliografía y de los argumentos existentes en contra y a favor de la existencia de un delito de rebelión, el autor llega también a la conclusión de que en los hechos enjuiciados en esta STS no existió tal delito. Estando ya en prensa este artículo, me llega por deferencia de su autora la monografía de Carmen Gómez Rivero (2019): *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 230, en la que, también antes de que se llegara a pronunciar la STS sobre el *procés*, considera que «[…] a la espera de lo que falle nuestro Tribunal Supremo, entiendo que tales circunstancias empañan la apreciación de la relación directa e inminente entre los actos de violencia llevados a cabo y la efectiva declaración de independencia, requisito irrenunciable en el tipo de rebelión si se quiere asegurar su aplicación dentro de los parámetros *que marcan los principios de legalidad y ultima ratio del orden penal, también aplicables a los delitos de máxima gravedad como el que nos ocupa*», si bien esta autora mantiene en las páginas anteriores, a mi juicio contradictoriamente con esta afirmación, que no es requisito conceptual del delito de rebelión la violencia «armada». Tanto Gómez Rivero como Llabrés Fuster ofrecen en sus trabajos monográficos una amplia información sobre la bibliografía existente en relación con el delito de rebelión y su aplicación a los hechos del *procés*, de la que aquí por razones de espacio no puedo ocuparme.

7. Como ya he advertido en la 22ª edición de mi *Parte especial* (pp. 721 ss.), a partir de la reforma del Código penal en el 2015, «[…] las finalidades de la rebelión coinciden en gran medida con las finalidades que, según el apartado 1, 1º del art. 573, convierten un delito común en un delito terrorista». En este caso, propongo «[…] para evitar el, si una conducta es típica de ambos delitos (por ejemplo, miembros de una organización terrorista que se alzan violeta y públicamente para subvertir el orden constitucional, habrá que castigar solo por el delito del art. 573 bis 4, salvo que los hechos puedan ser castigados con

penas más graves (lo que ocurrirá si por ejemplo se causa en ese alzamiento la muerte de una persona: prisión permanente revisable».

8. Cfr. art. 570 bis ss. del Código Penal, y lo que dicho al respecto en Muñoz Conde, *Parte especial*, 22ª ed., cit., p. 814.

9. No en el sentido gastronómico que se le da a esta expresión en *El Quijote* del gran Miguel de Cervantes, al que por cierto algunos asignan un origen catalán, sino en el más moderno de «graves penalidades y sufrimientos».

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

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

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 definitiva[2]. 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 dimanan 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 querella, 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 consumar 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 constitucionales[3].

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 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 rebelión[8]. 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 armado[9]. 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 hacer un uso efectivo del armamento del que en todo caso se dispone[10].

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 querella 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 diciembre[14], 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 fundamentales[15].

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 constitucionalidad[16], 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 igualación obedeciera a motivos tan distintos que legitimara su expansión, en este caso sí, a un eventual supuesto de rebelión desarmada[17]. 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 LECrim[18].

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 afectó[19]. 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 cercano[20].

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, formaran 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 adjetive 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 desincriminada desde el año 2005 precisamente apelando al principio de insignificancia[21].

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 nacía 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 electorales[22]. 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 CP[24].

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 acusados[25]. 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 «aniquilación 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 incriminada 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 querella 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 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 convincente[26]. 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 inefectividad 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 resultado[27]. 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 aparecieren 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 inducción[28].

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 accesoriedad 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 protagonizado[30]. 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 incursos 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 querella, 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 particular[31] (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 la 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 cohonesta 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 querella, 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 (2019*a*), 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 querella 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 aplicársele 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 irremediablemente 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 querella 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/2018/11/29/5bfe9f09fdddff95068b4579.html>. [Consulta: 31/10/2019.]

— (2019*a*): «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.]

— (2019*b*): «La sentencia del "procés"», *El Mundo* (28/10/2019) [en línea], <https://www.elmundo.es/opinion/2019/10/28/5db59dcffdddff05bb8b456e.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-juicioproces-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.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

LA «SENTENCIA CATALANA» Y LA DESOBEDIENCIA
THE «CATALAN SENTENCE» AND THE DISOBEDIENCE

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho penal y abogado

RESUMEN

Contexto político, social y jurídico del *procés* y de la Sentencia. Sobre la dependencia del Ministerio Público del Gobierno. Requisitos y límites del delito de desobediencia. Sobre la jerarquía del Tribunal Constitucional. Análisis crítico de su aplicación por el Tribunal Supremo y de las pretensiones de las partes. Necesidad de reforma del Código Penal. Lealtad institucional y constitucional.

PALABRAS CLAVE

Delito de desobediencia, dependencia del Ministerio Público, jerarquía del Tribunal Constitucional, lealtad institucional y constitucional.

ABSTRACT

Political, social and legal contexts of the process and the sentence. About the dependence of the prosecution authorities. Requirements and limits of the crime of disobedience. About the hierarchy of the Constitutional Court. Critical analyses of its implementation by the Supreme Court and of the parties' claims. Necessity to reform the Criminal Code. Institutional and constitutional loyalty.

KEY WORDS

Disobedience crime, dependency of the prosecutor authorities, hierarchy of the Constitutional Court, institutional and constitutional loyalty.

LA «SENTENCIA CATALANA» Y LA DESOBEDIENCIA

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho penal y abogado

1. LA SITUACIÓN Y EL AMBIENTE PREVIO AL PROCESO

El resumidamente llamado *procés* comenzó mucho antes de la apertura de las sesiones celebradas ante la Sala II del TS: no tanto cuando se inició el procedimiento penal, sino cuando se ordenó la prisión provisional de la mayoría de los acusados. Desde ese mismo momento se sucedieron en paralelo todo tipo de acciones civiles, más o menos respetuosas con las decisiones judiciales, y un creciente número de manifestaciones y actos de protesta no siempre pacíficos. Antes al contrario, fue una espiral que experimentó una elevación muy notable cuando comenzaron las sesiones del juicio oral y un nuevo y más visible incremento a partir del momento en que se hizo público el fallo. Ese estado de crispación y la frecuencia de las acciones violentas o coactivas aún no se ha detenido. A ello se sumó la convocatoria de elecciones legislativas para el día 10 de noviembre de 2019 y el reiterado apoyo, cuando no el aliento, que todas esas acciones ilícitas recibieron desde la presidencia misma de la Generalitat.

Este texto solo quiere ser un pequeño comentario sobre lo que ha pasado antes del juicio, durante este y después de la sentencia. Lo único que no tiene cabida es la descripción y glosa de los sucesos de la calle, por graves que sean, ni de las responsabilidades políticas y penales de quienes incitan continuadamente a que se lleven a cabo acciones de esa clase.

Desde el momento mismo en que se inició el proceso, y alcanzado el clímax durante la vista oral, se ha ido desarrollando un juicio paralelo en el peor sentido del término. En puridad, un juicio paralelo no es solo la información sesgada ni la crítica a las decisiones judiciales; es la información, el debate, el coloquio, etc. que busca *la reconstrucción libre o la propia versión de un suceso*, buscando también libremente a responsables y a víctimas con independencia de lo que aprecie o admita el sistema judicial y, si se tercia, en contra, abiertamente, del rumbo del proceso. En sí mismo, eso no es objetable en el marco de una

sociedad con libertad de criterio. Pero no hay que caer en la ingenuidad de olvidar que, en el concreto caso de lo que sucedía en Cataluña, no se trataba de un análisis periodístico alternativo, sino de un movimiento destinado simultáneamente a presionar a los tribunales, a la vez que se les denigraba, y a enardecer a la opinión pública para encender los ánimos y las decisiones de acciones directas.

La meta del juicio paralelo orquestado por los medios de comunicación de Cataluña, con programas diarios, ha sido transmitir la idea de que la Sentencia generaría dos verdades diferentes, la «libre» y la judicial, todo en nombre de la libertad de información, pero con el abierto propósito de presionar al Gobierno y al Tribunal Supremo (mezclar ambos es parte de la estrategia del independentismo). Otro interés sistemáticamente pisoteado por los medios de comunicación catalanistas es el derecho del ciudadano a recibir información objetiva, pero esa es otra desgracia endémica que padece Cataluña y no se limita al problema de la sentencia. El objetivo esencial de toda la información manipulada o sesgada no era otro que preparar la descalificación global del fallo y, de paso, de la «justicia española».

Pasemos ahora a otra dimensión del tema que ha «pesado» en la valoración del proceso y la sentencia: las *relaciones y discrepancias públicas entre el Gobierno y la Fiscalía.* Antes del inicio de la vista oral, algunos miembros del Gobierno manifestaron que la situación política en Catalunya sería más fácil si no hubiera políticos presos en espera de juicio. Ciertamente, no criticaron a la Fiscalía, que en su momento solicitó esa medida como razonable acompañamiento de una acusación de rebelión, ni tampoco al magistrado que la acordó. Pero las palabras de un ministro tienen indudable transcendencia, y más en una cuestión tan sensible.

Por su parte, las fuerzas independentistas exigieron al Gobierno la puesta en libertad de los políticos presos, sabiendo (o no) que esa decisión es algo que escapa a su competencia, que solo alcanzaba a acercarlos a Catalunya. Otro dislate, circulante en algunos foros, fue exigir un inmediato indulto para todos, presos y huidos, olvidando que el indulto es un modo de extinguir la responsabilidad penal, pero después de que esta haya sido declarada en una sentencia. No es posible el indulto «anticipado» y constitucionalmente no hay alternativa o excepción admisible.

Cuando el Gobierno se defendía de los que le exigían que ordenara al Fiscal que modificase su acusación o que, al menos, le pidiera que solicitase el fin de la situación de prisión provisional —lo cual, a su vez, sería aceptado o no por el Tribunal penal—, *la respuesta formal que se dio es que el Gobierno no puede dirigir indicación alguna al Fiscal,* que en virtud tanto de la Constitución como de su Estatuto Orgánico goza de autonomía e independencia, lo cual veta la posibilidad de que se le hagan peticiones o indicaciones.

Eso es aparentemente cierto, pero solo eso. El artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que el Gobierno podrá interesar del fiscal general del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, lo que puede hacer a través del Ministerio de Justicia; si se considera necesario, el presidente del Gobierno podrá dirigirse directamente al mismo. Cuestión diferente es que la Fiscalía pueda aceptar o rechazar motivadamente lo que se le interese por el Gobierno o

por su presidente. La primera conclusión, por lo tanto, es que debe relativizarse, cuando menos, la idea de que el Gobierno «no puede decirle nada» al fiscal. En cuanto a las cuestiones o problemas que pueden plantearse a través de esa relación, no hay más límite que el derivado de la Constitución y el propio Estatuto, esto es, el deber del Ministerio Público de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social (arts. 124 de la Constitución y 1 del EOMF), lo cual nada tiene que ver con las medidas cautelares como la prisión provisional, al margen de la justificación que cada cual le quiera reconocer o denegar.

A la cuestión referente a la capacidad del Gobierno para hacer llegar a la Fiscalía su preocupación por la situación, e incluso su opinión favorable a la excarcelación (por lo visto y oído), lo cual no es en modo alguno una orden, no se puede responder, por las razones antedichas, diciendo que «eso es imposible» porque no es verdad. Si, como se dice, la libertad provisional de una serie de personas ayudaría a rebajar la tensión —o no, pero eso no se sabe—, contribuir a distender la situación en la medida de lo constitucionalmente posible es un deber del gobernante, y solo desde la manipulación del sentido de las normas se puede sostener la inviabilidad de hacerlo. En cambio, si se trata de un criterio formado, lo realmente exigible es que eso se diga con claridad y por el conducto adecuado, y que no se opte por dejarlo caer en entrevistas u ocasiones informales.

Ya sabemos que en este espinoso asunto, y en orden a la capacidad de influencia de una petición gubernamental, se cruzan más elementos, entre ellos la presencia de una acción popular ejercida por un particular, aunque se trate de un partido político. Si la acción popular ya es de por sí un arma de múltiples filos, *más inconcebible resulta su «lícita» presencia en problemas penales que afectan al orden constitucional o al orden público, materias en las que solo debiera estar presente el Ministerio Fiscal* como representante del Estado y de la ciudadanía, sin dar vela a que nadie se erija en «titular» subjetivo del interés general. Pero así son las cosas en nuestro sistema procesal, y la presencia de un acusador popular complica aún más el escenario.

Pasemos ahora a otra dimensión del problema: el contenido de la acusación. La Fiscalía General del Estado presentó querella en octubre de 2017 por diversos delitos (rebelión, sedición, malversación). Poco después, un amplio grupo de profesores de Derecho penal difundió un comunicado en el que se sostenía que los hechos acaecidos no pasaban de desórdenes públicos, desobediencias y prevaricaciones. Salvo los convencidos de que los hechos que dieron lugar al proceso son ajenos al Derecho penal y se trata de actos lícitos amparados por una «legalidad revolucionaria», la mayoría coincide en que se transgredieron las leyes penales en una u otra medida.

La imputación de rebelión fue para unos acertada y para otros excesiva, mientras que otros recuerdan que eso es un techo y que no la decidió la Sala Segunda del Tribunal Supremo por su cuenta, sino que era consecuencia de una acusación, al margen de que la inicial imputación de rebelión no prefigura ninguna sentencia y no impide al tribunal

sentenciador apreciar conductas que no traspasen el nivel de actos preparatorios u otras calificaciones de menor entidad penal, como acabó sucediendo.

El aparente *conflicto abierto entre el Gobierno y la Fiscalía* estalló de nuevo al llegar el momento de las *calificaciones provisionales.* Cuando estas se conocieron, se produjo una oleada de reacciones. Algunos entendían que era excesiva la «doble presencia del Estado», a través de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado, pues según esos críticos, «todo era lo mismo», lo cual, como sabemos, es un dislate, que se agravaba con la difusión de la idea de que tanto la Fiscalía como la Abogacía del Estado actúan al dictado del Gobierno.

Algunos observadores señalaron que era poco comprensible que compareciera el Abogado del Estado en un proceso en el que razonablemente la acusación ejercida por Ministerio Fiscal *podría ser suficiente* para tutelar debidamente los intereses de la Administración Pública o del Estado. Técnicamente, la concurrencia del abogado del Estado estaba plenamente respaldada por la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, *así* como por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 447). Mas sucede que todas esas normas están orientadas a la tutela y defensa de los intereses económicos del Estado, que fue precisamente lo que justificó la creación de la Dirección General de lo Contencioso (Real Decreto de 28 de diciembre de 1849) y, luego, del cuerpo de abogados del Estado, mientras que la presencia del Abogado del Estado en esta causa no parecía obedecer a esas motivaciones.

Puede aventurarse que el problema de fondo es, en todo caso, la «inexistencia» de un monopolio acusador residenciado en el Ministerio Fiscal. A partir de ahí, no hay razón *técnica* para criticar la posibilidad de que la Administración Pública pueda ejercer acciones penales, máxime si se tiene en cuenta que *es del todo improcedente identificar a la Administración Pública con el Estado* y, además de eso, que el Estado de las Autonomías conoce diferentes Administraciones públicas (central, autonómicas, municipales), cada una de las cuales con sus propios intereses, que nada tienen que ver con los propios del Estado, y también podrá defenderlos ante los tribunales a través de sus propios servicios jurídicos.

Pero lo cierto es que los que defendemos la bondad del monopolio acusador hemos de reconocer que la entrada del abogado del Estado en un proceso penal *de esta naturaleza* —en el que la Abogacía del Estado dirige su acción más allá de los intereses patrimoniales y económicos del Estado, con calificaciones penales y peticiones de penas— no podía comprenderse. La explicación se vio pronto: la necesidad de que se formulara una calificación de sedición en lugar de la de rebelión que sostenía el Ministerio Fiscal. Tal vez alguien, en los ambientes gubernamentales, creyó que, si esa calificación no era formulada por ninguna de las partes, el Tribunal no podría acudir a ella, lo cual es harto discutible, y, a la postre, acabó brindándose un espectáculo que habría debido evitarse por razones que no hace falta exponer.

La primera explicación, rechazable en opinión de muchos, es que el Gobierno no podía comunicar a la Fiscalía General del Estado cuál era su parecer sobre la clase de acusación penal que procedía formular, lo cual no es cierto, y al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal me remito. La segunda, también preocupante, es el interés de mostrarse ante no se

sabe quién en concreto como más flexible o benigno que la Fiscalía, aun a costa de forzar gravemente a la Abogacía del Estado a excederse en sus funciones.

El juicio oral, desarrollado durante una larga cuarentena de días, fue, según han reconocido abogados de los acusados, impecable en cuanto al respeto a derechos y garantías. En las jornadas previas a su inicio se produjeron algunos pequeños incidentes[1], pero no merecen ser resaltados.

2. LA «ECLOSIÓN» DE LA SENTENCIA

El 14 de octubre se conoció la Sentencia 459/2019, de cuyos contenidos venían informando distintos medios invocando «filtraciones» varias, cuestión en la que no me detendré, sin perjuicio de su interés. Era previsible el rosario de consecuencias que generó la publicación del fallo, sucesos que se habrían producido con cualquier fallo que no fuera la absolución, que en realidad nadie esperaba, aunque advirtiendo de que solo se «aceptaría» una sentencia absolutoria, se iban calentando los motores preparatorios de los incidentes que habrían de venir.

En Cataluña, interesadamente, se dio y se sigue dando a esa resolución judicial una transcendencia que va mucho más allá de su significación intrínseca. Es calificada de hecho histórico que marca un antes y un después. Los que la juzgan en Cataluña sin saber Derecho dicen, interpretando una partitura independentista, que es un previsible abuso cometido por España en su condición de «Estado colonial». Los juristas coinciden en que el juicio fue justo, pero discrepan del fallo o de la gravedad de las penas. Otros, en fin, sostienen que es la culminación de un proceso a las ideas porque todo lo acaecido en aquellos días de fin de septiembre y principios de octubre era atípico, esto es, carente de significación penal, y afirman que la sentencia debería haber sido absolutoria.

Una constante entre las reacciones fue la serie de *declaraciones de rechazo de la sentencia,* sin entrar en el absurdo que entraña tomar decisiones que están vacías de cualquier significado, cual es el caso del «rechazo» de la Sentencia, acto llevado a cabo en Ayuntamientos, algunas universidades y, por supuesto, por el Parlamento catalán. El rechazo a la sentencia ponía de manifiesto la clase de relación que el mundo independentista mantiene con el Estado y sus poderes (en este caso, el Judicial), fundiendo en una sola cosa la política y el Derecho, la ley y la ideología, y las convicciones propias como algo que se ha de imponer al Estado de Derecho, especialmente cuando ese Estado no se considera propio.

Durante el proceso, los abogados defensores pusieron de su parte todo lo posible para que en el *objeto del proceso se incluyera la violencia policial contra los que intentaban votar el día del supuesto referéndum*, hecho que ciertamente tuvo lugar, aunque en modo alguno con la intensidad que se le imputa en los ambientes independentistas. Pero eso era lo que convenía a fin de poder mantener el slogan «votar no puede ser delictivo» y se nos condena por eso. Esa conclusión era una grosera manipulación del objeto del proceso, en el que los incidentes participaban solo en una *pequeña medida.* Diciendo eso se fomentaba el

«perverso resumen» que hacen muchas personas, a saber: todo ocurrió a causa de la injusta intransigencia del Estado, al margen de que a esas «buenas personas» les sea indiferente el discurso sobre los límites constitucionales que previamente se decidió pisotear.

Desgraciadamente, hoy dominan el panorama las manifestaciones, con frecuencia violentas, que incluso degeneran en desórdenes públicos aplaudidos por la presidencia del Gobierno catalán. Veremos cómo acaba eso y, aunque cueste creerlo, cabe suponer que la vida institucional y política de Cataluña no puede pasar a ser el «rechazo a la Sentencia» como idea única, completada con otro pulso al Estado que conduzca a otro proceso judicial. Eso parece reclamar alguno de los condenados, si bien con el antibiótico de una previa amnistía, lo cual evidencia un claro desconocimiento de lo que significa, en todos los órdenes, una amnistía. Sería en verdad triste para todos repetir el camino, pero alguno dirá que no hay otra «solución».

Antes de proseguir, quiero advertir que las acusaciones y censuras al Gobierno catalán y a los movimientos independentistas *no diluyen la responsabilidad* de los que detentaban a la sazón el Poder Ejecutivo central, que, por desidia, miopía o simple torpeza política y jurídica, contribuyeron a llevar el problema a territorios en los que ya no hay retorno. Nada de eso tiene que ver con el concreto debate sobre la sentencia y las reacciones contra ella, pero es bueno no perderlo de vista, pues ese magma de ideas está presente en el ánimo de muchos de los que opinan.

Desgraciadamente, el capítulo primero del tiempo que sigue a la sentencia estará constituido por manifestaciones, en principio legítimas, salvo que degeneren en desórdenes públicos, como parecen haber programado algunos de los orquestadores de las protestas o el llamado «tsunami democrático». Veremos cómo acaba eso. Del mismo modo, cabe suponer que la vida institucional y política de Cataluña no puede pasar a ser el «rechazo a la sentencia» como idea única, completada con otro pulso al Estado que conduzca a otro proceso. Eso parece reclamar alguno de los condenados, si bien con el antibiótico de una previa amnistía, lo cual evidencia un claro desconocimiento de lo que significa, en todos los órdenes, una amnistía. Sería en verdad triste para todos repetir el camino, pero alguno dirá que no hay otra «solución».

3. LA VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La STS 459/2019 ha merecido valoraciones muy diferentes, y no debe de extrañar su diversidad. Los hechos se aprecian de modo muy distinto dependiendo de la concurrencia del sentimiento catalanista o de su ausencia. Pero también hay que dejar de lado ese aspecto «sociopolítico» de la cuestión, pues aleja el debate de la valoración jurídico-penal, aunque en modo alguno ha de ser desdeñado, pues la importancia política de esa dimensión del problema está fuera de toda duda. Del mismo modo, hay que dejar de lado también la importantísima cuestión «previa», a saber, las causas de que todos aquellos hechos acabaran en la Sala II del Tribunal Supremo en lugar de haber recibido un terapéutica política y no

penal. Esas son cuestiones de las que han de ocuparse los analistas políticos y los historiadores.

Con todas esas enormes salvedades, que son numerosas, hasta el punto de que, en opinión de muchos, el análisis penal desconectado de todos esos aspectos no tiene sentido, pero hay que hacerlo, dado que es nuestra obligación como penalistas.

Es difícil encontrar, en nuestra historia reciente, una decisión judicial que haya provocado más y más encontradas críticas entre juristas. En estas pocas páginas me referiré solamente a las reacciones de los que opinan conforme a su saber y a su pensamiento, entre ellos, colegas y amigos que tengo por excelentes penalistas y que opinan de manera totalmente divergente. Solo excluyo de consideración y del debate a los que, sin perjuicio de ostentar título académico, o, incluso, ejercer como docentes universitarios, hablan o escriben siguiendo fielmente su programa de militancia, con o sin subvención, en coherencia con lo que han venido haciendo en los últimos años. Creo que sus opiniones, antes y ahora, carecen del menor interés. Del mismo modo, prescindiré de examinar aquellas legítimas opiniones que, sin estar al servicio de la causa, sostienen con firmeza que en todos aquellos hechos del otoño de 2017 no se cometió delito alguno y que todo fue puro ejercicio de derechos «naturales» o, incluso, constitucionales. Ese sector de opinión, de pacífica apariencia, es el perfecto combustible para la repetición de los sucesos.

Técnicamente, la sentencia es un fallo correcto, sin perjuicio del respeto a los que opinan en sentido contrario. En cuanto a las penas, aun siendo muy duras, son inferiores a las que se anunciaban en el «juicio paralelo»[2].

Para el jurista, como es lógico, compartiendo el interés y la preocupación que tienen otros muchos, sean o no juristas, lo más interesante, sin relegar a cuestión menor la gravedad de las penas, son las calificaciones finales de los hechos. Las acusaciones atribuyeron a los acusados cinco delitos diferentes: *rebelión, sedición, malversación, desobediencia y organización criminal*. El primero y el último fueron rechazados. La Fiscalía pidió para todos ellos penas que iban desde los siete hasta los 25 años de cárcel. La *Abogacía del Estado decidió excluir la rebelión, colocando al de sedición como delito más grave*. Esa decisión apuntaba a una constante en todo el proceso, que ha sido la polémica sobre si los hechos sometidos a examen judicial eran o no constitutivos de rebelión, como ha sostenido invariablemente el Fiscal, así como sectores de opinión y un nutrido grupo de profesores de Derecho penal. Las opiniones, a su vez, estaban bien argumentadas —o no tanto—, pero esa es ya agua pasada. Lo que importa es que el Tribunal Supremo decidió calificar los hechos como *delito de sedición.*

En opinión muy extendida, esa es la discrepancia más profunda generada por la sentencia, lo cual es solo media verdad, pues la mayor diferencia de criterio se da entre los que consideraban necesaria una sentencia condenatoria, al margen de que fuera por rebelión o sedición, y los que estimaban que procedía la absolución o, como mucho, condenas sensiblemente menores con exclusión de los dos delitos más graves.

4. LA DESOBEDIENCIA COMO INFRACCIÓN NUCLEAR

Durante la celebración de la vista apenas se produjeron alegatos en relación con el delito de desobediencia, seguramente porque tan solo tres de los acusados se sentaban en el banquillo con esa única acusación.

Pero esa deducción es incorrecta, ya que la idea que realmente flotaba sin concretarse técnicamente es que lo único que se podía apreciar *en todo lo sucedido era una grande, extensa y continuada desobediencia*, pero nunca un delito de rebelión, y mucho menos de sedición. Mas lo cierto es que el delito de desobediencia tuvo poco debate, pues la «estrella» de la discusión era la calificación alternativa entre rebelión y sedición, mientras que la calificación de desobediencia, que algún abogado defensor «concedió» expresamente, no fue objeto de especial debate, a pesar de que, para muchos, los sucesos de Cataluña habrían tenido suficiente respuesta con la aplicación conjunta o separada de los delitos de prevaricación, desobediencia y desórdenes públicos, *prescindiendo totalmente de las figuras de rebelión y sedición.*

¿Realmente es fundada la tesis de que *la figura de desobediencia habría podido absorber casi la totalidad de los hechos*? La respuesta, adelanto, ha de ser negativa, pero con importantes matizaciones, pues lo que resulta indudable es que un sustrato de desobediencia estaba presente en casi todas las acciones de los intervinientes en los hechos. No obstante, algunos de esos actos o decisiones no pueden calificarse como desobediencias ni total ni parcialmente.

4.1. LA DESOBEDIENCIA QUE APRECIA EL TRIBUNAL

Solo son tres los condenados por el delito de desobediencia[3] tipificado en el art. 410 del CP, pero eso no quiere decir que los demás imputados no hayan incurrido en la misma conducta punible, sino que esta ha sido consumida por la de sedición.

La esencia de la desobediencia se sitúa en un hecho concreto: haber contribuido con su voto a la aprobación del Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, pese a que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las señaladas advertencias, notificándola personalmente a los miembros del Gobierno autonómico y a numerosas autoridades. La STC 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

Concretamente, la Sentencia del TS aprecia un solo delito de desobediencia cometido por cada uno de los tres condenados, rechazando la continuidad delictiva que alegaban las acusaciones. La base de la desobediencia, el *mandato violado,* es, pues, la Sentencia del TC que fue acompañada de la notificación personal de la misma a cada uno de ellos.

4.2. LOS CONDICIONAMIENTOS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

El delito de desobediencia es, básicamente y sin perjuicio de la modalidad de resistencia y desobediencia de particulares, un delito de funcionario, concebido, al menos en su tradición legal, como una conducta que va más allá de la indisciplina sancionada por vía reglamentaria porque ofende a la necesidad de preservar el principio de jerarquía como necesidad fundamental del buen funcionamiento de la Administración Pública, en el que toda la ciudadanía está interesada.

La extensión de la figura de desobediencia a relaciones diferentes de las intra-administrativas se presenta, por ello, como una ampliación del originario ámbito de aplicación de la figura delictiva, lo cual no quiere decir, sin más, que eso sea imposible, sino que deben superarse algunos obstáculos técnicos.

Paradójicamente, es más sencilla la aplicabilidad de la tipicidad de sedición para sancionar la resistencia o la negativa a acatar las disposiciones y órdenes de poderes revestidos de legitimidad constitucional que la figura de desobediencia, precisamente por ese limitado origen ceñido al Derecho administrativo y a las relaciones de dependencia y jerarquía.

En otro orden de consideraciones, en el Derecho penal español ha habido tradicionalmente un planteamiento del problema de la obediencia teñido por defectos igualmente graves: una cierta inclinación favorable hacia el principio de autoridad por encima del principio de legalidad, y una simultánea tolerancia con el funcionario que cumple órdenes a sabiendas de su carácter injusto.

Esta situación se plasmaba en tres criterios legales que perduraron en la legislación histórica hasta que se produjo la gran corrección que supuso el CP de 1995. Esos defectos históricos, *a los que no se debe volver en ningún caso,* eran los siguientes:

a) Incriminación de la desobediencia abierta a órdenes correctamente formuladas en lo formal, aunque fueran ilegales, con tal de que esa ilegalidad no fuese manifiesta.

b) Autorización para no obedecer las órdenes manifiestamente ilegales sin incurrir en responsabilidad por desobediencia. Algunos penalistas habían señalado que el incumplimiento de lo abiertamente ilícito era algo cuya evidencia no precisaba de especial autorización o venia de la ley.

c) Eximente de *obediencia debida* en aquellos casos en los que el funcionario cumpliera una orden cuya realización comportaba la comisión de un delito.

La combinación de estas normas generaba un efecto perverso: ante una orden injusta, incluso delictiva, el funcionario que la recibía podía elegir entre desobedecer —haciendo uso de una facultad legal expresa— o cumplir, en cuyo caso podía invocar la cobertura de la eximente de obediencia debida, a pesar de la contradicción que implicaba conceder ese beneficio a quien, por deducción de la propia ley, no se había obligado jurídicamente a cumplir la orden.

Este estado de cosas fue paulatinamente denunciado por la doctrina, que en el proceso previo a la promulgación del CP de 1995 reclamó una sustancial modificación del régimen legal de la obediencia y de la desobediencia; toda la argumentación giraba en torno a una

sola idea central: *ni la eficacia de la Administración Pública ni el principio de autoridad y jerarquía pueden colocarse nunca por encima del principio de legalidad penal y de la tutela penal de ciertos bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro no puede ni justificarse ni exculparse en nombre de la obediencia.*

Tras la aprobación del CP de 1995, el tema de la desobediencia recibió un tratamiento bien diferente, que era consecuencia de las críticas anteriores: ante todo, desaparecía la perturbadora eximente de obediencia debida, puesto que los casos en ella incluidos que pueden ser razonablemente contemplados como situaciones de exención de responsabilidad se resuelven mejor a través de la eximente de estado de necesidad, de ejercicio de un derecho o del cumplimiento legítimo de un cargo. Todo lo que no sea eso no tiene razón para merecer exención de responsabilidad criminal.

Se mantuvo la posibilidad de no cumplir órdenes manifiestamente ilegales. La reflexión inmediata es que las órdenes que pasen por la realización de un tipo de delito difícilmente «no serán ilegales manifiestamente», pero esa consideración ha de tomarse como posibilidad muy frecuente, mas no como regla, ya que eso depende también de la preparación general y jurídica del subordinado.

Se suprimían las diferencias que preveía el artículo 369 del CP de 1973 en cuanto a la capacidad de desobedecer, establecidas con base en la condición de autoridad o a su ausencia.

En conclusión, puede afirmarse que en el estado actual del Código Penal no hay deber de cumplir ningún orden que sea manifiestamente antijurídica, y que si un funcionario les da cumplimiento deberá responder de las consecuencias penales de sus actos sin posibilidad de invocar causa alguna de exención de responsabilidad.

En relación con el problema de la obligación de cumplir con mandatos superiores que choquen con deberes diferentes —como, concretamente, los deberes inherentes a la condición de miembro de un órgano colegiado para el que se ha sido nombrado por el presidente de ese órgano, que llevan a participar en la adopción de acuerdos que son incompatibles con resoluciones, en este caso, del Tribunal Constitucional—, el primer problema que debe aclararse es el de la eventual presencia de *uno o más deberes en conflicto*.

Llegamos así al punto más problemático de este delito, cuya conducta típica requiere un marco relacional en el que debe estar fuera de toda duda quién es el inferior y quién el superior y cuál es el mandato dirigido de uno a otro. Esas exigencias se designan como *presupuesto de relación jerárquica,* y se diferencian de otras situaciones en las que los sujetos afectados pueden estar en planos diferentes de poder, pero sin que haya esa clase de relación.

Entre quien dicta la orden y quien la recibe debe existir una relación jerárquica *establecida por el Derecho administrativo funcionarial*, y así lo tiene declarado la jurisprudencia. Este requisito previo puede suscitar problemas en algunos casos en los que la relación de servicio y la funcional se diferencian, supuestos en los que no resulta sencillo determinar quién es el superior jerárquico o cuántos superiores jerárquicos tiene un mismo funcionario.

La jerarquía no puede confundirse con otras situaciones generadoras de deberes *que no están apoyadas en la subordinación,* como puede ser el deber de colaboración con otros poderes o instituciones.

Pese a ello, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, de 6 abril 1981, declaró que la negativa o negligencia en el envío al defensor de los informes que este solicite constituiría delito de desobediencia. Es importante retener este dato, pues no parecería razonable sostener que el Tribunal Constitucional se encuentra en una condición inferior a la del defensor del pueblo.

Recordemos, una vez más, que en el presente caso el hecho central recogido por la STS 459/2019 es que los tres condenados por desobediencia (al igual que los demás consejeros) aprobaron en su calidad de miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña. El TC suspendió al día siguiente la aplicación de este Decreto (providencia de 7 de septiembre de 2017), pero *hizo algo más*: incluir advertencias directas y expresas, notificando la mentada providencia personalmente a todos los miembros del Gobierno de la Generalitat. La STC núm. 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

4.3. LA RELACIÓN JERÁRQUICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La orden objeto de la desobediencia debe provenir de un *superior jerárquico* competente por razón de la materia y, en su caso, de la clase de órgano y del territorio jurisdiccional, y ha de estar revestida de los correspondientes requisitos ajustados a la naturaleza de cada orden, lo que significa que no necesariamente ha de tratarse de órdenes transmitidas por escrito, aunque la expresión «formalidades legales» así induzca a creerlo. Asimismo, *ha de estar dirigida a funcionario concreto o concretable, lo que excluye órdenes dirigidas a colectivos de funcionarios.* Admitida una relación jerárquica, solamente se ha cumplido con una parte de los presupuestos del delito, pues es preciso también que la *orden cuyo incumplimiento determine la responsabilidad cumpla determinados requisitos.* Este segundo aspecto lo veremos después.

Hemos de preguntarnos antes, a la luz de esos datos, si existía o no una relación jerárquica entre el Tribunal Constitucional y las autoridades receptoras de sus órdenes. En una línea de actuación ininterrumpida desde su creación, las decisiones del TC se habían quedado en su terreno natural, que era el de la valoración constitucional de actos o decisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado. Esa situación colocaba al TC en una posición ajena a las escalas de relación jerárquica, *sin perjuicio de que sus acuerdos, revocando disposiciones normativas, sentencias o decisiones de la Administración debieran cumplirse.*

Ese planteamiento jurídico sufrió un inesperado cambio precisamente a raíz de la convocatoria, por parte del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, de la «consulta», que el Gobierno del Estado consideró «referéndum», por lo que se trataba de una acción que excedía a las competencias de la Generalitat —sin entrar ahora en el problema de la cabida de las convocatorias consultivas en la Constitución, interesante cuestión que excede los

límites de este comentario, pero que no podía ser resuelta por sí y ante sí por el Gobierno catalán decidiendo que la convocatoria de la consulta sí tenía cabida en la Constitución—.

Cuando se convocó la consulta en Cataluña con base en las llamadas leyes de desconexión, el Gobierno del Estado la consideró un referéndum ilegal e impugnó la convocatoria ante el TC, que decidió suspenderla. Tal decisión no fue respetada por el Gobierno catalán, y de ahí surgió la desobediencia. La ulterior determinación de celebrar la consulta por la vía de los hechos *alimentaría la calificación de sedición.*

Paralelamente, se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 87 pasó a decir: «Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva […]»; la nueva redacción del precepto añadía que sus «[…] sentencias y resoluciones […] tendrán la consideración de títulos ejecutivos». Este paso desfiguraba la condición del TC, que pasaba a ocupar una posición jerárquica —en lugar de competencial— como supremo intérprete de la Constitución.

Pese a todo, subsiste el problema de que el art. 410 del Código Penal se refiere a resoluciones «judiciales», *y esa no es la naturaleza de las decisiones del TC,* por lo que habrá que estimar que esas decisiones adquieren la condición de ordenes de la «autoridad superior», lo cual no deja de ser un forzamiento de la legalidad. Mejor habría sido que la reforma de la Ley Orgánica del TC hubiera ido acompañada de una reforma del Código Penal, pero que no hubiera podido ser aplicada retroactivamente.

Como es sabido, la consulta se celebró materialmente, aun despojada de la solemnidad jurídica de un referéndum. A raíz de ello, el Gobierno impugnó el acuerdo de convocar la consulta de la Generalitat ante el TC, el cual, previa suspensión de su ejecutoriedad, *declararía fuera del orden constitucional la decisión del Gobierno catalán.* Pese a ello, la consulta se celebró y, por ese motivo, la Fiscalía y algunas acusaciones particulares ejercieron acción penal por delito de desobediencia, en el entendimiento de que se había «desobedecido» la decisión del TC, añadiendo otras imputaciones que no viene al caso analizar.

La subsiguiente polémica fue muy amplia. Prescindiendo de la dimensión política (trufada de demagogias e irracionalidades de variable color y orientación), la controversia jurídica entre los acusadores se centró en una idea esencial: que la decisión del TC suspendiendo la decisión del Gobierno catalán *generaba un mandato —en el sentido de una relación de jerarquía—* en cuya virtud el hecho de desoírlo constituía una desobediencia, como decidió el Tribunal Supremo cuando apreció los delitos de desobediencia que estamos analizando.

A la reforma del art. 87 de la LOTC se unió un nuevo artículo 82.4.b) LOTC, en virtud del cual si «[…] las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares, en el plazo que se les fije, incumplen total o parcialmente las resoluciones del Tribunal, este podrá acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsables del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal», pudiendo «[…] el Tribunal […] requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados

por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones […]».

Evidentemente, con esas modificaciones legales se quería abrir al TC el recurso al delito de desobediencia para hacer cumplir sus decisiones, pero, por más que ese fuera el objetivo de las reformas, lo cierto es que el TC *no forma parte del Poder Judicial* y que, por ello, no podía ser de aplicación un tipo penal que expresamente se refiere a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales.

Siendo así, la declaración del TC suspendiendo la realización de la consulta decidida por el Gobierno catalán, acompañada de las expresas advertencias, *no generaba a la sazón un mandato típico* a un inferior jerárquico, pues eso equivaldría a aceptar que el Código Penal había sido modificado indirectamente por una ley no penal que, además, ni siquiera mencionaba al CP, cosa que habría podido hacer —a la postre, ya se había desfigurado la función del TC— indicando que, en caso de incumplimiento, deberían incluirse sus mandatos en el ámbito del art. 410 del Código penal.

La conclusión que se derivaría es que la nueva conceptualización del sentido de las decisiones del TC ha de entenderse referida al futuro, aunque, como seguidamente veremos, el problema penal dista de estar resuelto, sin perjuicio de que se haya dotado al TC de la capacidad de imponer sanciones (multas y suspensiones de funciones).

La conclusión que se extrae es que, al margen de que la voluntad del legislador fuera crear una hipotética relación de jerarquía y dependencia entre las decisiones del TC y las autoridades que reciban esas órdenes o deban sentirse concernidas por ellas, el resultado no se corresponde con el deseo. En todo caso, es claro que las acusaciones que anteriormente se formularon pierden su fundamento ante la ausencia total de mandatos directos. Pero, como a nadie se le puede escapar, el problema es el de la valoración de esos posibles conflictos tras la reforma de la LOTC. La respuesta es técnicamente clara: el TC no es un órgano judicial y basta la lectura de la Constitución para llegar a esa conclusión.

Por lo tanto, y desde un escrupuloso respeto al principio de legalidad, sus sentencias no son «resoluciones judiciales», que es el presupuesto de la desobediencia en el art. 410 CP. Sin duda, el legislador que modificó la LOTC quería resolver la «falta de ejecutoriedad» de las sentencias y otras resoluciones constitucionales para así configurar la idea de «mandato», precisa, pero no suficiente, para configurar el delito. El legislador olvidó que, paralelamente, debía modificar también el art. 410 CP para acoger las decisiones del TC.

La única solución, aunque insatisfactoria, es entender que el TC es una «autoridad superior» (concepto que pertenece a la relación de jerarquía administrativa) y que, por lo tanto, sus decisiones pueden dar lugar a la desobediencia. Pero esa es una solución de poca finura jurídica que no está a la altura de la importancia de un órgano fundamental como es el TC.

4.4. LA PRETENSIÓN DE JUSTIFICACIÓN

Como sabemos, el delito de desobediencia contempla una específica causa de justificación —que no de exculpación— en aquellos casos en los que el funcionario que recibe la orden aprecia la manifiesta antijuridicidad de esta y decide no darle cumplimiento. Correlativamente, si un funcionario decide dar cumplimiento a una orden antijurídica, deberá responder por la posible significación delictiva del actor realizado.

Otro problema, diferente, surgiría cuando la obligación de cumplir con un mandato superior —por ejemplo, una orden del TC— choque con deberes inherentes al cargo que se ocupa, como podría ocurrirle a un miembro del órgano de gobierno de una comunidad autónoma, cargo que procede de libre nombramiento del presidente del órgano, y que comporta la obligación de participar en la adopción de acuerdos que suponen la infracción del mandato superior al que me refería antes.

A partir de esa situación, algún acusado argumentó ante el Tribunal Supremo que se había producido una *colisión de deberes* y que para él era de entidad o importancia mayor dar cumplimiento al mandato del pueblo catalán expresado a través del Parlamento, a lo que debía añadirse la falta de legitimidad del TC para impartir órdenes.

La sentencia decide, con razón, que el rechazo del mandato *basado en la convicción de la falta legitimidad política del TC* —que, además, estaba muy politizado— *no puede operar como causa de justificación,* entre otras razones porque la apreciación de esa «deslegitimación» excede sus competencias.

En cuanto al presunto conflicto de deberes —obedecer al TC u obedecer al Parlamento de Cataluña, que había decidido celebrar un referéndum con el respaldo de muchos municipios y por muchos ciudadanos—, resuelto en favor del segundo, la Sentencia rechaza la posibilidad considerar *en pie de igualdad* los dos deberes, pues hay un desequilibrio patente entre el deber que genera el mandato del TC y lo que puede calificarse como «coherencia política», pero no como un choque con una inexistente legalidad distinta.

La argumentación se cerraba con la indicación de la firma del Decreto era prescindible, pues habría bastado con la del presidente y, siendo así, aquellas firmas eran solo un «apoyo político». Para el TS, la firma era meramente decorativa, amén de que los firmantes estaban persuadidos de que la anulación del Decreto iba a ser inmediata.

Frente a ese discurso, la Sentencia 459/2019 estimó que no se trataba de un acto insignificante, sino de un acto injusto, explicable desde el punto de vista político, pero realizado con plena conciencia de la ilegalidad que entrañaba, ilegalidad que no se diluye por la falta de resultado, dado que la desobediencia es un delito de mera actividad.

4.5. SOBRE SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Así las cosas, el observador no puede evitar pensar en la posibilidad de calificaciones que habrían podido salvar los defectos u obstáculos para aplicar el delito de desobediencia en el presente caso, y lo cierto es que no es tarea fácil. Acaso la vía de la prevaricación *cometi-*

da colegiadamente por todo el Gobierno catalán habría sido más viable. Pero esa solución requiere salvar dos obstáculos:

En primer lugar, a favor de la prevaricación y en contra de lo argumentado, un Decreto es una norma reglamentaria aprobada por el órgano de gobierno. Es, por lo tanto, una decisión colegiada emanada de la voluntad de ese órgano. Con independencia de que habitualmente aparezca publicado únicamente con la firma del presidente y la del titular de la Consejería afectada, en su aprobación participan todos.

El segundo obstáculo es de más difícil solución: las partes acusadoras no habían formulado acusación por prevaricación, con lo que resultaba inviable pasar de la acusación de desobediencia a la de prevaricación invocando una inexistente homogeneidad entre ambas figuras.

En resumen, la calificación de desobediencia podía topar con los problemas antes señalados, pero la de prevaricación habría sido inviable.

5. REFLEXIÓN Y REFORMA

Tras estudiar la STS 459/2019, de 14 de octubre, la conclusión que se extrae es que resulta imprescindible la reforma del Código Penal, y no solamente porque el delito de desobediencia presenta zonas oscuras, sino también por la necesidad de configurar la responsabilidad de los dirigentes de las Comunidades Autónomas también en el Código Penal, pero contemplando situaciones como las vividas en Cataluña con una mentalidad acomodada al Estado de las Autonomías, que quiere caminar, se dice, hacia un modelo federal, en el que no tendrá sentido utilizar las ideas de jerarquía y obediencia cual si toda la organización del Estado fuera una enorme Administración Pública, sino que la configuración de los comportamientos ilícitos se derivaría de otras ideas, especialmente la de la *lealtad institucional y constitucional*. Esta es la tónica en los más modernos códigos penales europeos.

En el mundo independentista abundan los que sostienen que la Sentencia del Tribunal Supremo es solo la primera entrega de la resolución del problema y que será en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo donde realmente se ventilará la cuestión. El recorrido de esa idea, mantenida como bajo continuo durante todo el proceso, tiene muchas curvas, pero sus defensores, que no se han molestado en estudiar el sistema penal español, con las excepciones que se quiera, tampoco parece que dominen la jurisprudencia del TEDH. El tiempo dirá.

NOTAS

1. Antes del inicio de las sesiones del juicio oral, los grupos independentistas reclamaron la presencia de observadores internacionales. Con ello se perseguía, ante todo, lanzar un mensaje a la comunidad internacional para que viera en el juicio que se iba a celebrar algo así como el proceso que se celebró en San Salvador por el asesinato de los jesuitas, en suma: la valoración que se da a la respetabilidad de los tribunales en los Estados fallidos. Ese intento se rechazó, pese a lo cual se presentarían a informar

diferentes observadores, que luego se descubriría que estaban muy bien retribuidos, así como distintas asociaciones, bajo el nombre de International Trial Watch, que en realidad eran seis asociaciones catalanas (Associació Catalana per la Defensa dels Drets Humans, Collectiu Praga, Institut de Drets Humans de Catalunya, Irídia, Novact y el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universidad Autónoma de Barcelona) vinculadas al independentismo. La petición había sido rechazada por el Tribunal Supremo meses atrás. Como dato significativo, cabe destacar que los informes que difundieron esos supuestos intitulaban el juicio objeto de observación como *Catalan Referendum Case,* con el claro propósito de transmitir la idea de que lo que se juzgaba era la pacífica celebración de un referéndum.

2. La mayor pena es para el exvicepresidente de la Generalitat, Oriol Junqueras, 13 años de prisión por los delitos de sedición en concurso medial con malversación de caudales públicos, así como a 13 años de inhabilitación absoluta. Su mayor rango determinaba mayor responsabilidad y eso se tradujo en la pena. A Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa, 12 años de prisión y 12 de inhabilitación, también por los mismos delitos. A Carme Forcadell, 11 años y seis meses, a Joaquim Forn y Josep Rull, 10 años y seis meses, y a los Jordis, nueve años. A Santi Villa, Meritxell Borràs y Carles Mundó, 10 meses de multa y un año y ocho meses de inhabilitación al ser condenados tan solo por el delito de desobediencia.

3. El fallo, concretamente, dispone: «La autoría de los tres acusados como responsables de un delito de desobediencia puede ser razonada a partir de un tratamiento sistemático conjunto. La principal fuente de prueba para acreditar la contumaz desatención por todos ellos a los mandatos del Tribunal Constitucional, está constituida por fuentes de acceso público, principalmente el diario del Parlament y los boletines oficiales del Estado y la Generalitat. La Sala ha valorado también el testimonio de aquellos otros imputados y testigos que fueron objeto de idénticos requerimientos y, además, las explicaciones ofrecidas en sus respectivas declaraciones por D. Santiago, Dña. Meritxell y D. Carles. Todos ellos fueron destinatarios, en su calidad de miembros del Govern, de los requerimientos emanados del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad y privar de efectos a las iniciativas legislativas y reglamentarias que se fueron adoptando durante el desarrollo de los hechos. Como hemos reflejado en el factum, tanto los acuerdos de la Mesa de admisión a trámite como los acuerdos del Pleno, que incluyeron el debate y votación de las leyes 19 y 20/2017, del referéndum y de transitoriedad, suprimiendo los trámites esenciales del procedimiento legislativo, se declararon nulos por sendos autos del Tribunal Constitucional —núms. 123/2017 y 124/2017, 19 de septiembre—. La Ley 19/2017, publicada el 8 de septiembre 2017, fue finalmente declarada nula por 473 STC 114/2017, de 17 octubre, e igualmente se declaró la nulidad de la Ley 20/2017 por la STC 124/2017, 8 noviembre. Todas las resoluciones del Tribunal Constitucional volvían a contener las correspondientes advertencias sobre la ilegalidad de decisiones futuras y la posibilidad de incurrir en responsabilidades penales. Las providencias de suspensión fueron notificadas personalmente con dichas advertencias a los miembros del Govern, y en calidad de tales, pues ninguno de ellos ocupaba escaño en esas fechas en Parlament. Fueron también destinatarios de los demás requerimientos a los que se alude en el relato de hechos probados y que eran consecuencia de la respuesta del Gobierno de la Nación frente a la intensa y precipitada actividad legislativa, encaminada a la creación de un marco jurídico que pudiera ser invocado para dar aparente cobertura a la celebración del referéndum ilegal. Una afectación más directa, en la medida en que el requerimiento aludía a un ámbito funcional bien próximo y que entraba de lleno en la prohibición contenida en los requerimientos precedentes, se produjo con ocasión de la firma del Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las correspondientes advertencias personales sobre las posibles responsabilidades penales y en orden a impedir los incumplimientos y. La sentencia núm. 122/2017, de 31 de octubre de 2017, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la citada norma. Los tres acusados, en su calidad de miembros del ejecutivo autonómico, aprobaron ese decreto. **El mismo 6 de septiembre de 2017, a propuesta del Departamento de la Vicepresidencia**

y de Economía y Hacienda de la Generalitat de Cataluña, los Sres. Mundó y Vila y la Sra. Borràs, aprobaron en su calidad de consejeros del Govern, el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las señaladas advertencias, notificándola personalmente a los miembros del Gobierno autonómico y a numerosas 474 autoridades. La sentencia núm. 121/2017, de 31 de octubre de 2017, declaró su inconstitucionalidad y nulidad. 3.3.- Las notificaciones que sirvieron de vehículo a los requerimientos personales dirigidos a los tres acusados por el Tribunal Constitucional —incorporadas como prueba documental a la causa— contenían una fórmula que se repetía en todos los casos. Les advertía de su **deber de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la resolución impugnada y se les recordaba "… su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar la nulidad"** de las resoluciones o actos normativos impugnados, "…apercibiéndole de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por este Tribunal". La Sra. Borràs reconoció haber firmado el decreto de convocatoria del referéndum y ello pese a haber sido advertida de su deber en contrario.

En su declaración en el juicio oral quiso "[…] poner en valor la disyuntiva que tenía". Por un lado, el mandato de una mayoría absoluta que mandataba al Govern escogido por la Cámara, con mayoría absoluta, insiste, para hacer un referéndum. A esa voluntad política se sumaron los municipios y la ciudadanía a través de las manifestaciones organizadas. Podía imaginar que el referéndum sería suspendido. No buscaba —alegó— menospreciar al Tribunal Constitucional, pero se trataba del mandato democrático del Parlament, frente a un órgano judicial que, en los últimos años había estado sometido a una intensa politización. La firma del decreto 139/2017, sin pretender quitarle valor era una firma no necesaria para la validez de un decreto. Bastan para ello las rúbricas del presidente de la Generalitat y del titular de la Consejería afectada. Acepta, pues, que lo firmó, pero su firma no era necesaria: "… la firma de todos era un gesto para responder a esa voluntad frente al mandato del parlamento". El acusado Sr. Mundó, que no cuestionó la recepción de los requerimientos, precisó que la firma del decreto de convocatoria del referéndum era "…un hecho extraordinario". Había muchos medios de comunicación, se había despertado una gran expectación. Por eso "…querían enfatizar el carácter político. Esas firmas no añadían ni quitaban valor jurídico». Estaba convencido de que no estaba cometiendo ningún delito. En cualquier caso, no se planteó que esos requerimientos implicaran el deber de paralizar y no tenía poder para condicionar a sus compañeros de Gabinete. El Sr. Vila reconoció también haber sido notificado personalmente del mandato del Tribunal Constitucional. En algunos casos —fueron varios los requerimientos— no se sentía aludido porque se referían a actos del Parlament y él no era diputado. En otras sí. Tiene la convicción de que no desobedeció lo ordenado pues, después de la ley de referéndum y su suspensión, no adoptó en su ámbito de competencia decisiones de gobierno. Coincide con sus compañeros en que los decretos 139 y 140 incorporaron su firma, pese a no ser en absoluto necesario. Se trató de "…un acto político de solidaridad entre todos los miembros del Govern". Un acto que solo puede ser entendido mediante su contextualización, ya que "…ahora es fácil revisar decisiones". Se tomaron decisiones que mutaron el referéndum a una gran movilización política. Él nunca lo tomó como un verdadero referéndum. No era un referéndum, "…era un acto de exhibición política". 3.4. **El rechazo basado en la convicción de la falta legitimidad política del Tribunal ordenante —como ya hemos razonado supra de forma exhaustiva— nunca puede operar como causa de justificación.** Los tres acusados eran perfectos conocedores de la existencia de un **requerimiento formalmente emanado de quien reúne facultades legales para ello, sabían de su deber de acatamiento y, sin embargo, omitieron de forma contumaz lo que les había sido ordenado.** La firma de los Decretos 139 y 140/2017, más allá de la estratégica degradación del valor de la firma de todos los consejeros, era bien expresiva de una inequívoca voluntad de rechazo al mandato constitucional que habían recibido con anterioridad. La estrategia de defensa —cuya legitimidad

está fuera de toda duda olvida que, con independencia de la firma del presidente y el consejero del departamento afectado por la norma, **todo decreto es una norma reglamentaria 476 aprobada por el órgano de gobierno, una decisión colegiada que, como tal, es fruto de la concertada voluntad de los integrantes del ejecutivo**». (Énfasis en negrita del autor).

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

EL DELITO DE MALVERSACIÓN: LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO

THE CRIME OF MISAPPROPRIATION: THE DISLOYAL ADMINISTRATION OF THE PUBLIC PATRIMONY

Norberto Javier de la Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, dictada en la Causa especial núm. 20907/2017, condena a distintos procesados por delitos de sedición, malversación y desobediencia. La discusión mediática sobre lo que iba a ser y lo que finalmente ha sido la resolución se ha desarrollado principalmente en relación con la distinción jurídica entre lo que es rebelión y lo que es sedición, y en relación con la posibilidad de poder entender que los sucesos de 2017 eran subsumibles en una u otra figura delictiva. Poco —o menos— se ha dicho del delito de malversación. Quizás porque poco —o menos— había que decir. Acreditados determinados compromisos presupuestarios no desvirtuados en el plenario, y acreditada su ejecución por las personas finalmente condenadas, las cuestiones jurídicas relevantes acerca de la aplicación de este delito se limitan a decidir si se da el delito por desvío de fondos a actividades «públicas» ilícitas, a afirmar o no la existencia de perjuicio patrimonial aunque no llegue a producirse el pago tras el gasto contraído y a aclarar la pena a imponer tras aceptar la vinculación de la malversación en concurso medial con el delito de sedición.

PALABRAS CLAVE

Malversación, administración desleal, patrimonio público, desviación de fondos, gasto público ilícito, concurso medial.

ABSTRACT

The Sentence of the Criminal Chamber of the Supreme Court 459/2019, 14th October, from Special Cause 20907/2017, condemns to different accused people to crimes of sedition, misappropriation, and disobedience. The media outreach about what the resolution was going to become and what it has finally been has developed in relation to the legal distinction between what is rebellion or sedition, and the possibility to understand that the facts of 2017 may constitute one or another criminal figures. Little —or less— has been said about the misappropriation. Maybe because little —or less— was needed to say. Having proved some budget compromises, non-accredited at the plenary, and accredited their execution by the people finally condemned, some relevant legal issues concerning the application of this crime were limited to decide whether the offence occurred by the diversion of funds to «public» illegal activities; to affirm or not of the existence of financial damage, although the payment did not happen after the incurred expenditure; and to clarify whether the penalty after accepting the link of the misappropriation with a crime of sedition.

KEY WORDS

Misappropriation, disloyal administration, public patrimony, funds diversion, public and illegal expenditure, joinder of crimes.

EL DELITO DE MALVERSACIÓN: LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Norberto Javier de la Mata Barranco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

1. LOS HECHOS

El 21 de marzo de 2018 se dicta Auto de procesamiento por, entre otros, delito de malversación contra Carles Puigdemont, Oriol Junqueras, Jordi Turull, Raül Romeva, Meritxell Borràs, Clara Ponsatí, Antoni Comín, Joaquim Forn, Josep Rull, Lluís Puig, Carles Mundó, Dolos Bassa, Santiago Vila y Meritxell Serret. El Auto de 9 de julio del mismo año suspende y archiva la causa por rebeldía, y hasta que los procesados sean hallados, en relación, y al margen de otras personas no imputadas también por malversación, con Antoni Comín, Lluis Puig, Meritxell Serret, Carles Puigdemont y Clara Ponsatí. El 25 de octubre se declara por auto la apertura del juicio oral —por, entre otros, los hechos que el Auto de procesamiento califica como delito de malversación del art. 432 y concordantes del Código Penal— para el resto de procesados. El escrito de conclusiones provisionales de la Fiscalía, con independencia de las calificaciones por otros delitos, considera que los hechos son constitutivos de un delito de malversación del artículo 432.1 y 3 b) párrafo segundo del Código Penal. Idéntica conclusión es mantenida por la Abogacía del Estado (con omisión de la especificación de la letra b). La acusación popular califica los hechos como constitutivos de malversación del artículo 432.1 y 3, letras a y b.

De forma sintética, cabe señalar que el desvío de fondos públicos que justifica la calificación de las acusaciones en este concreto aspecto delictivo se refiere a los gastos vinculados a la realización del «referéndum» de 1 de octubre de 2017 contraídos y, en algún caso, ejecutados, en relación con cartelería, publicidad institucional, reparto de tarjetas censales,

desplazamientos de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, todos ellos «gastos ajenos a cualquier fin público», ordenados «sin cobertura presupuestaria legal» y canalizados a través de distintos Departamentos del Gobierno de Cataluña.

En los hechos considerados probados reflejados en los apartados 8.3 y 8.4 de la Sentencia 459/2019 (pp. 39 y ss.) se señala que el 6 de septiembre de 2017 el Gobierno autonómico aprobó el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, firmado por Oriol Junqueras, que contenía previsiones sobre, entre otros aspectos, la confección del censo, la campaña institucional y electoral, la documentación electoral y los observadores internacionales. La STC 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad, tras providencia de 7 de septiembre de 2017 que suspendía su aplicación. La STC 122/2017, de 31 de octubre, también tras providencia de suspensión de 7 de septiembre, declaró asimismo nulo el Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria de referéndum. Mediante Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de fecha 7 de septiembre de 2017, a propuesta de Oriol Junqueras, Jordi Turull y Raül Romeva, se autorizó a los diferentes Departamentos para que realizaran las acciones y contrataciones necesarias para la realización del referéndum, señalándose que «[…] el Gobierno […] asume directamente de manera colegiada los encargos a los Departamentos o unidades competentes entre otras (*sic*), las contrataciones, la aprobación del gasto y las acciones político-administrativas necesarias para hacer efectiva la celebración del referéndum […]» (p. 40). Estas acciones y contrataciones que implicaron la confección de material electoral, la elaboración de una web informativa, la contratación de una campaña de comunicación y, en general, la utilización de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios para garantizar el desarrollo del referéndum, todo ello de forma colectiva y colegiada por los miembros del Gobierno y asumiendo tales actuaciones de manera solidaria (p. 41).

En los hechos probados reflejados en los apartados 13, 13.1 y 13.2 (pp. 54 ss.), referidos ya específicamente a la asunción de obligaciones patrimoniales, se refleja que, por providencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2017 se suspendió la vigencia y aplicación de la Disposición Adicional 40ª de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos para 2017 en materia de organización y gestión del proceso referendario, suspensión que se notificó personalmente a todos los procesados advirtiéndoles de su deber de abstenerse de «[…] iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno de disposición de las partidas presupuestarias impugnadas, o de cualesquiera otras […] adoptadas […] con el fin de financiar cualquier gasto derivado de la preparación, gestión y celebración del proceso referendario» (p. 56).

«[…] Los gastos del referéndum [dirá el Tribunal Supremo] relacionados con la publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, son expresivos de la consciente y voluntaria desviación de destino de los fondos públicos. Supusieron gastos ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria. Fueron canalizados a través de la estructura de los Departamentos de Vicepresidencia y Economía, Exteriores, Trabajo, Salud y Cultura. Se

hicieron así realidad […] unos gastos previsibles a partir del acuerdo plasmado por escrito el 6 de septiembre de 2017 y fue la diáfana expresión de su consorcio delictivo» (p. 57).

A continuación, el Tribunal detalla minuciosamente los gastos encauzados a través de la presidencia de la Generalitat y el Departamento de Exteriores, de sus Delegaciones en el exterior, del Departamento de Vicepresidencia y Economía, del Departamento de Presidencia, del Departamento de Trabajo, del Departamento de Salud y del Departamento de Cultura, cuantificando los compromisos de gasto asumidos y fijando el total del mismo en más de novecientos mil euros.

2. EL DELITO

2.1. EL BIEN TUTELADO

Entre los delitos patrimoniales y los delitos contra la Administración Pública, el artículo 432 del Código Penal español prevé en sus números 1 y 2 los dos tipos básicos de malversación propia, que agrava en el número 3 del precepto. Prescindiendo aquí de la más mínima profundización en torno a la discusión sobre el bien jurídico protegido en esta figura delictiva (el patrimonio público, el procedimiento público de gestión de ingresos y gastos, la intervención pública en la correcta concreción de la finalidad que le es propia u otro tipo de especificaciones perfectamente reconducibles todas ellas claramente hoy en día, en mi opinión, al concepto funcional de patrimonio, en este caso, público) o en torno a si el delito tiene o no una naturaleza dual en la que, además, hay que prestar especial atención al componente de infidelidad para con la correcta gestión pública (en mi opinión, consustancial a todo supuesto de administración desleal), en lo que aquí importa ahora destacar la regulación vigente tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal sanciona en dicho artículo, acierte o no con ello el legislador —y yo creo que sí acierta, colmando lagunas que obligaban a acudir al Derecho administrativo cuando no se acreditaba la «apropiación» y sí solo la «expropiación» del malversador—, tanto la administración desleal del patrimonio público como la apropiación indebida de dicho patrimonio. Que con ello se aleje el legislador de perspectivas centradas en la idea del «deber» —en la idea de deslealtad para con el ejercicio de la función pública, como a veces se ha señalado— no es ya tan evidente como quizás sí lo era antes de la reforma; lo que sí se produce, en cualquier caso, es una aproximación a concepciones de este delito claramente vinculadas a la idea de la existencia de un perjuicio patrimonial, correcta y por tanto funcionalmente bien entendido este concepto, «de lo público».

Los apartados XV y XIX del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que explican el porqué de la reforma, evitan utilizar el término «malversación», que, sin embargo, mantiene la Ley en la rúbrica del Capítulo VII. Sea como fuere, mediante la incorporación de la figura de la administración desleal la nueva regulación enfatiza la idea de proteger el patrimonio público desde una perspectiva —insisto, funcional— atenta a la satisfacción

en todo momento de los intereses generales vinculados al proceso de gasto lícito y correctamente ejecutado del patrimonio público que permite penalizar conductas de distracción y de desviación ilegal de partidas presupuestarias. Como tantas veces se ha señalado, se trata de ofrecer una protección al patrimonio de la Administración como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional de los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española), una protección en la que no es tan importante —en realidad, tampoco lo era en regulaciones precedentes— la idea del posible lucro del funcionario público, la idea, si así quiere expresarse, de la «apropiación» en su sentido más estricto cuanto la de «expropiación» de lo público, que impide a la Administración, en sus diversas manifestaciones, disponer de todos los recursos posibles para ejecutar las políticas presupuestarias aprobadas por los cauces legales pertinentes.

2.2. LOS SUJETOS

En sus diferentes apartados, el artículo 432 CP, en cuanto delito especial, requiere que quien se apropie o administre deslealmente el patrimonio público sea una autoridad o un funcionario público. A este respecto, la idoneidad de los miembros de un Gobierno autonómico como sujetos activos del delito no presenta ninguna particularidad. De acuerdo con el artículo 24.1 CP, a los efectos penales se reputará autoridad «[…] al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia».

2.3. EL OBJETO

El objeto de la conducta apropiatoria o desleal del funcionario público es cada uno de los elementos que integran el patrimonio público —considerados tanto individualmente como en conjunto y atendiendo a la finalidad presupuestaria y legal que les es asignada— del que el funcionario puede lícitamente disponer, los tenga o no a su cargo. No se utiliza ya la expresión «caudales públicos», más restrictiva y que había suscitado no poca controversia judicial (mano de obra, derechos expectantes, etc.). El legislador acierta al referir ahora la conducta del sujeto a toda clase de bienes, derechos y obligaciones de titularidad pública que integran ese «patrimonio público». No procede aquí, no obstante, acudir al concepto de patrimonio que recoge la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que excluye del mismo a los recursos financieros de las haciendas, pudiendo perfectamente aceptarse la sustantividad del Derecho penal para concretar esa expresión, al igual que se hace en relación con el concepto privado (no absolutamente vinculado al Derecho civil), de un modo amplio y en todo caso comprensivo de todas las partidas presupuestarias asignadas a los distintos Departamentos gubernamentales para la ejecución procedente del correspondiente proceso de gasto público.

En relación con la cuestión de la inclusión del patrimonio público inmobiliario en el objeto propio del delito, tan debatida dogmáticamente y que en su momento dio lugar a la aprobación del hoy derogado artículo 434 (aplicación privada de bienes muebles o

inmuebles), la reformulación del nuevo artículo 432.1, en su vinculación al artículo 252, no al artículo 253, impide cualquier controversia al respecto, precisamente porque uno de los supuestos más característicos de administración desleal del patrimonio (así lo ha venido siendo tradicionalmente en el ámbito de aplicación del antiguo artículo 295, que da lugar al vigente artículo 252) es el que tiene que ver con la incorrecta gestión (en la venta, disposición, arrendamiento, etc.) de inmuebles. Discusión distinta es la relativa a la cuantificación del perjuicio derivado de dicha incorrecta gestión.

Tradicional es la exigencia de una vinculación competencial del patrimonio al correcto ejercicio de la función pública de que se trate, exigencia que aparece remarcada hoy por la remisión del artículo 432 tanto al artículo 252 como al artículo 253, donde el requisito de la capacidad jurídico-fáctica de disposición (no necesariamente la tenencia física del bien de que se trate) es consustancial a la interpretación de ambos preceptos.

2.4. LA CONDUCTA

El artículo 432.1 (que es el que acoge la específica modalidad de malversación aplicada en la Sentencia 459/2019) requiere, por remisión al artículo 252, una infracción de las facultades para administrar el patrimonio público emanadas de la ley y, por tanto, legítimas (en el caso del artículo que tutela el patrimonio privado, también de otras fuentes), excediéndose el sujeto activo —autoridad o funcionario— en el ejercicio de las mismas y causando, de esa forma, un perjuicio a dicho patrimonio.

Aunque ya existía una jurisprudencia abundante que en determinados casos permitía integrar en el concepto de la antigua malversación la asunción indebida de obligaciones de gasto, con la Ley Orgánica 1/2015 la subsunción de esta conducta en el actual artículo 432.1 no ofrece ninguna duda (así, STS, Sala 2ª, 281/2019, de 30 de mayo). Hay que distinguir, en todo caso, y esta distinción es fundamental, lo que es desviación de fondos públicos para una finalidad también pública, pero «lícita», supuesto para un importante sector doctrinal de discutible subsunción en el artículo 432.1 (sí expresamente punible antes de 1995 en el viejo art. 397, que se interpretaba no desde la lesión al patrimonio público en cuanto tal, sino desde la idea de quebrantamiento del correcto proceso de ejecución del gasto público como manifestación del correcto ejercicio de la función pública y no, en principio, en el hasta 2015 vigente artículo 432.1, en cuanto se exigía una apropiación «privada») y que en ocasiones se ha reconducido al ámbito administrativo (STS, Sala 2ª, 914/2012, de 29 de noviembre) —no procede profundizar en ello aquí, aunque una cuestión básica en el entendimiento del nuevo delito, ciertamente compleja, es esta posible subsunción cuando no hay situación de urgencia, cuando no hay problema en aprobar siguiendo el procedimiento ordinario las correspondientes nuevas partidas, etc.— de lo que es distracción de fondos (aun sin apropiación) con desviación para fines «ilícitos» (claramente subsumible en el artículo 432.1).

La administración desleal del patrimonio ajeno (público, en este caso) no exige incorporación patrimonial alguna, por supuesto, pero tampoco desvío de fondos a intereses privados. Basta con una gestión indebida del patrimonio administrado respecto a los

intereses de su titular. En el caso de la gestión de lo público, este interés debe definirse atendiendo los parámetros jurídicos que delimitan la misma de conformidad con las leyes habilitadas para ello, la jerarquía normativa existente y, en su caso, la afirmación de su acomodación a Derecho cuando exista controversia judicial al respecto. El patrimonio público no es de libre disposición por quienes lo gestionan (tampoco lo es el privado) y no es ya infrecuente en los tribunales el enjuiciamiento de conductas que tienen que ver con una gestión ajena a todo criterio de legalidad presupuestaria. No llega el legislador a sancionar lo que da en llamarse el «despilfarro presupuestado», el endeudamiento excesivo dentro de lo permitido legalmente o la inversión arriesgada, desacertada o irracional o las previsiones equivocadas de costes de ejecución, pero sí, por ejemplo, en casuística judicial meramente ejemplificativa, las contrataciones irregulares de personal, los contratos opacos onerosos, los incumplimientos de directrices para evitar endeudamientos, la realización de obras fuera de toda lógica económica, las contrataciones a precios superiores a los reales, el encargo de informes ficticios o sin interés jurídico o económico alguno, los casos groseros de incumplimientos presupuestarios, la venta de bienes públicos por debajo de su valor de mercado, el fraccionamiento del importe de una licitación, el amaño de contratos, la aceptación de presupuestos inviables o los pagos de servicios no prestados. Y si bien es cierto que ni antes ni después de 2015 era o es posible sancionar en todo caso y sin ninguna matización adicional la alteración de destino presupuestario cuando el gasto se produce en actuaciones públicas, diferente es que dicho gasto sea manifiestamente ilegal, supuesto en el cual no puede entenderse que se está atendiendo «lo público», sino el exclusivo interés de quien ejecuta tal gasto sin el sustento normativo exigible.

En relación con el uso de inmuebles, bien que, sin duda, es un posible objeto del delito de malversación en su modalidad de administración desleal, no hay duda de que es una conducta eventualmente punible, siempre que se acredite cuál es, en el caso concreto, el perjuicio patrimonial generado.

Hay que recordar, por otra parte, que el precepto no exige ánimo de lucro, sino únicamente dolo en relación con cada elemento típico. En este sentido, es suficiente el conocimiento de que se está produciendo un exceso en el ejercicio de las funciones de administración del patrimonio público y que ello causa un perjuicio a este, lo que sin duda concurre cuando se sabe que la actuación es ilícita —esto es, al margen de la normativa prevista para la correcta ejecución presupuestaria del gasto público— y que la misma implica un «gasto». En relación con la concreta figura del artículo 432.1, da igual que se pretenda reponer lo utilizado o distraído o que se alegue la ausencia de voluntad de causar perjuicio alguno si la conducta típica puede deducirse del modo —desleal— en que se lleva a cabo la administración. El ánimo de lucro en el ámbito de la apropiación de patrimonio público ha de reconducirse al *animus rem sibi habendi* y este a la existencia de dolo apropiatorio y expropiatorio. En el ámbito de la administración desleal del patrimonio público, al *animus rem sibi utendi* y este a la existencia de dolo expropiatorio, en el sentido en que ha definirse la expropiación como un perjuicio patrimonial de lo público.

Finalmente, y atendiendo únicamente los aspectos del delito que en estos comentarios son relevantes, aunque puede ser complicado concretar cuándo se produce el perjuicio al

patrimonio administrado en los casos en que este tiene naturaleza pública —perjuicio patrimonial concreto que es el que exige el precepto, no posibilidad de perjuicio—, sin abordar aquí la discusión sobre el concepto de patrimonio que ha de defenderse para explicar el objeto de tutela (en mi opinión, cada vez más refrendada doctrinal y jurisprudencialmente, e insisto en ello, un concepto funcional y no meramente contable), parece acertado afirmar que dicho perjuicio se produce desde el mismo momento en que se produce la disposición patrimonial, esto es, la decisión que permite entender atribuido un dominio dispositivo del que en realidad —por ilegal— se carece. Piénsese, en relación con la consolidada jurisprudencia existente sobre el delito de apropiación indebida en los supuestos de utilización para finalidades propias de fondos ajenos que se reponen, por ejemplo, tras el éxito del negocio realizado con ellos. La consumación del delito —por entenderse ya producido el perjuicio que la confirma— no se fija en el momento de descubrimiento de la disposición ni en el momento en que surge la incapacidad de reposición por parte del sujeto activo, y tampoco depende de la capacidad o la incapacidad de realizar la reposición. La consumación la determina la decisión dispositiva efectivamente materializada que priva al patrimonio (privado o público) de la posibilidad de su utilización para otros fines, privados, en el caso del viejo artículo 252 (antigua apropiación indebida) —y en el del derogado artículo 295— o, ahora, públicos, tanto en el caso del nuevo y equivalente artículo 432.2 como en el del similar —en este sentido— artículo 432.1. Por otra parte, la concreción del perjuicio en el ámbito específico de lo público ha de tener en cuenta que, en la medida en que todo patrimonio de las administraciones tiene como destino natural su gasto (o utilización, si se prefiere), el mismo ha de referirse no solo al hecho en sí de la desaparición de activos, sino también al de la desaparición por destino a actividades sin cobertura legal alguna (piénsese en el delito de fraude de subvenciones, por ejemplo, en el que se recurre a una idea similar). En relación con ello, todo compromiso conlleva la anotación correspondiente y no puede entenderse que tiene el mismo valor económico real un activo comprometido en ejecución de gasto que uno sin comprometer. En la auditoría contable y a efectos de valoración de un estado de cuentas que refleje la situación financiera de una «entidad», da igual si privada o pública, el activo fijo no es equivalente al activo circulante ni el circulante a corto plazo al circulante a largo plazo. Y tampoco lo es el pasivo exigible a corto plazo al exigible a largo plazo. No ya solo funcionalmente, que por supuesto es así, sino incluso desde un punto de vista estrictamente formal-contable, un patrimonio ha de valorarse tomando en consideración su capacidad (y en qué montante) para poder ser utilizado en todo momento y esta se ve sin duda minorada cuando se contraen determinadas obligaciones de gasto. No tiene el mismo valor un bien hipotecado que uno libre de cargos, un patrimonio comprometido que uno sin compromiso alguno.

Y ya para concluir, en otro orden de cosas, si se aceptase un concepto de patrimonio puramente formal o contable, podrían quedar fuera del precepto todos aquellos supuestos en los que el despilfarro, aun no presupuestado, revierta en lo público, todos aquellos supuestos en que el gasto, con alteración del destino presupuestario establecido, revierta en lo público y todos aquellos supuestos en que exista únicamente un incumplimiento presupuestario. O sea, todos aquellos supuestos en los que, contablemente, no pueda afirmarse que la Administración tenga menos de lo que tenía antes de la comisión de la conducta

funcionarial a enjuiciar (sin entrar ahora a valorar cómo ha de enjuiciarse a este respecto la ejecución pura de gasto sin contraprestación económico-monetaria alguna), lo que no podría aceptarse de mantener un concepto material o funcional. Pero incluso desde la primera perspectiva ninguna duda habría a la hora de afirmar que, cuando la disposición es contraria a Derecho, el perjuicio a la Administración ha de entenderse producido con ese gasto ilícito (incluyendo el compromiso de gasto) producido, que impide defender que se ha atendido la causa pública; y ello más allá de la responsabilidad contable que puede existir cuando, sin una manifiesta ilegalidad, quepa afirmar que hay en todo caso una actuación irregular que menoscaba una gestión eficiente y responsable de los recursos públicos.

3. LA CONDENA

Oriol Junqueras, Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa son condenados por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación agravado por razón de su cuantía. El resto de procesados acusados de malversación por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular (Josep Rull, Joaquim Forn, Santiago Vila, Carles Mundó y Meritxell Borràs) es absuelto de dicho delito.

3.1. LOS INDICIOS Y LA INFERENCIA PROBATORIA

La condena de los cuatro procesados referidos se basa en la convicción judicial de que no solo exteriorizaron de modo compartido su voluntad de sustraerse al control financiero propio de sociedades democráticas, sino también de que ejecutaron actos concretos de «dispendio» económico.

A tal efecto, es fundamental el informe de cuatro altas funcionarias del Ministerio de Hacienda —técnicas de la Abogacía del Estado— que, actuando como peritas, especifican cómo se produce la utilización de fondos públicos en la «[…] organización, preparación, logística, financiación y ejecución» del referéndum de 1 de octubre de 2017 que conlleva el perjuicio al patrimonio público exigido por el delito de malversación y que se cifra en novecientos diecisiete mil seiscientos cuarenta y ocho euros, aun cuando finalmente solo acabaran pagándose alrededor de doscientos mil euros, lo que no se niega en las testificales ni en los argumentos de las defensas, que insisten únicamente, y a ello se aludirá con posterioridad, en que, por un lado, muchos pagos no llegaron a realizarse y, por otro, el Govern como tal no tenía capacidad para decidir sobre el gasto» (pp. 286 ss.).

En el apartado 2.1. de la letra C de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia (pp. 399 ss.) se explica en detalle la inferencia probatoria del Tribunal Supremo en lo que respecta a la condena de cuatro de los procesados por delito de malversación agravada, los señores Junqueras, Romeva y Turull y la señora Bassa, de quienes, considera, controlaban «[…] los gastos y expensas necesarios para el desarrollo del referéndum ilegal», «[…] eran plenamente conscientes de la prohibición emanada del Tribunal Constitucional para la disposición de esos fondos públicos», rechazaron «[…] todos los requerimientos que les

fueron notificados personalmente» y «[…] captaban el carácter público de los fondos y la desleal administración que implicaba su aplicación a un referéndum proscrito por el Tribunal Constitucional» (p. 399), conclusiones que va desgranando el Tribunal Supremo en las setenta y tres páginas que dedica a este apartado a partir de los hechos que considera probados en relación con la actuación de cada uno de estos cuatro procesados.

Refiriéndose específicamente al ilícito penal de malversación, la Sentencia señala que «[…] los gastos relacionados con el referéndum, como los relativos a publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y, en fin, aplicaciones informáticas que hubiesen sido llevados a cabo por los acusados, miembros del Govern de Cataluña supone una consciente, voluntaria concertada e ilícita desviación de destino de los fondos empleados, en cuanto devienen gastos ajenos a cualquier fin público lícito y, además, carecen de cobertura presupuestaria» (p. 403). Es especialmente significativo para el Tribunal, considerando el control de las cuentas de Cataluña por el Estado en la época de los hechos, que los procesados intentaran ocultar los gastos realizados para la celebración del referéndum «[…] ya disimulando su finalidad mediante un cambio de etiquetado, ya canalizándolos como parte de muy diversas partidas presupuestarias», gastos que se van explicando minuciosamente (descartándose la relevancia jurídica de algunos de ellos, su posible cuantificación o su conexión con un perjuicio para el patrimonio público) con base en el dictamen de las expertas del Ministerio de Hacienda y en cuanto concierne a actuaciones concretas de cada uno de los finalmente condenados. Especial atención se presta a la actuación del Sr. Romeva en lo que respecta a las actividades ilegales de Diplocat, del Sr. Turull con los gastos vinculados al CTTI, a la web www.referendum.cat, al registro de catalanes en el exterior, al diseño de la web www.pactepelreferendum.cat y a la campaña Civisme y de la Sra. Bassa en relación con las tareas de impresión de papeletas de voto. La Sentencia fundamenta la autoría y decisivo protagonismo del Sr. Junqueras en su condición de cabeza jerárquica de todos los miembros del Govern que son objeto de enjuiciamiento y en relación con la mayoría de gastos que se explicitan en las páginas 400 y siguientes de la resolución efectuados con base en el Decreto del Consejo de Gobierno de la Generalitat de 7 de septiembre de 2017, especialmente en lo referente a los gastos de las visitas de parlamentarios europeos y de la contratación del equipo de investigación experto en elecciones.

Según se explica en el apartado 2.2. de la letra C de los Fundamentos de Derecho (pp. 471 ss.), la absolución de cinco de los procesados se basa en la creencia del Tribunal de que, aunque todos ellos suscribieron el acuerdo gubernativo que anunció la asunción solidaria de todos los gastos que se promovieran por el Govern para la realización del referéndum, y pese —señala— «[…] al esfuerzo probatorio desplegado por las acusaciones», no puede afirmarse que los Consejeros Josep Rull, Joaquim Forn, Santiago Vila, Carles Mundó y Meritxell Borràs pusieran la estructura de los Departamentos que dirigían al servicio de gastos concretos para celebrar el referéndum ilegal. Al contrario, varios testigos alegaron, en relación con las conductas de Vila, Mundó y Borràs, que estos dieron órdenes específicas para no aplicar partidas presupuestarias a la consulta del día 1 de octubre. Esta es, para el

TS, la diferencia respecto a los otros miembros del Govern que sí son condenados por el delito, ya que estos no se limitaron a expedir «[…] una retórica e irrelevante penalmente exteriorización compartida de su voluntad de sustraerse al control financiero propio de las sociedades democráticas […] sino que ejecutaron actos concretos de dispendio económico […]» (p. 472).

3.2. LA SUBSUNCIÓN JURÍDICA

Subraya el Tribunal que el nuevo delito de malversación surgido tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 abarca un mayor número de conductas que las que cabían en la regulación precedente al darse entrada a todo lo que, sin ser sustracción, implica un perjuicio del patrimonio público administrado causado por el quebrantamiento los deberes de fidelidad y lealtad para con el ejercicio de la función. Ello es cierto, como antes se señalaba, dada la remisión que el artículo 432 hace en sus dos primeros apartados no solo al artículo 253, relativo a la apropiación indebida (lo que, podía entenderse, el Código abarcaba ya con el concepto de «sustracción» antes de la reforma), sino ahora también al artículo 252, relativo a la administración desleal, y retomando, solo en cierta medida, la idea del viejo artículo 397 desaparecido en 1995.

Entiende el Tribunal que las cuatro personas finalmente condenadas por este delito no solo ejecutaron «actos de manifiesta deslealtad en la administración de fondos» sino que aprobaron normas en tal sentido autorizando el uso de recursos humanos, materiales y tecnológicos para el desarrollo del referéndum de autodeterminación (p. 286). Ningún problema plantea al Tribunal la condición de autoridad de los condenados, a la que ni siquiera alude, ni su actuación ilegal, sin competencia alguna, advertida reiteradamente por el Tribunal Constitucional y en la que insiste repetidamente la Sentencia. Ello no debe merecer objeción alguna.

Aunque no todas las personas procesadas por delito de malversación son condenadas finalmente por este delito, al entenderse que no todas realizaron actos ejecutivos, el Tribunal confirma que todos, en cuanto miembros del Govern y titulares de sus respectivos Departamentos acordaron, en fecha 7 de septiembre, en línea con los Decretos 139 y 140 de 2017, el destino ilegal de los fondos utilizados en el referéndum.

Que el Gobierno puede ser sujeto de contratación (y de ahí la posible responsabilidad de sus miembros) tampoco ofrece dudas a tenor del contenido de la Ley 5/2017 (en concreto, de su artículo 160.6).

Y el hecho de que algunos de los gastos comprometidos finalmente no se abonaran o de que existiera únicamente una factura proforma no obsta a la aceptación del perjuicio patrimonial (y, con ello, del delito, consumado además y no en grado de tentativa) porque el menoscabo al patrimonio público se produce, como antes se explicaba, con el reconocimiento de la obligación aunque haya diferimiento del pago. Ello en consonancia —y así se señala en la Sentencia— con el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña (DOGC de 31 de diciembre de 2002), que permite distinguir claramente, en la ejecución del gasto público, la autorización, disposición y obligación del gasto y la ordena-

ción final del pago. A ello ya se ha hecho referencia al explicar brevemente los contornos de lo que significa la conducta de administración desleal del patrimonio público. Por eso mismo, el hecho de que se genere una factura negativa o rectificativa, como se alegó por alguna defensa, no obsta a la disminución del patrimonio, aunque posteriormente esta se compense con un aumento. Dicho sintéticamente, como se afirmó en la pericial de las expertas, un contrato no se perfecciona cuando se abona físicamente, sino cuando se devenga la obligación de pago y, habría que añadir, penalmente este es el momento en que se genera el perjuicio al patrimonio administrado que exige el artículo 252 (y, con él, el artículo 432.1). Como antes se ha señalado, al igual que en otras figuras delictivas patrimoniales también en el delito de malversación (en su vinculación actual a la administración desleal del patrimonio ajeno) pueden distinguirse la consumación delictiva y el agotamiento del delito. Según se deduce del artículo 73.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (tras sus distintas modificaciones, la última de 3 de julio de 2018) y en relación con las distintas fases de la gestión presupuestaria (artículo 71.1), el compromiso de gasto es un acto con relevancia jurídica para con terceros que vincula a las Administraciones a la realización del gasto en la cuantía y condiciones establecidas. No puede afirmarse que un patrimonio, privado o público, tiene el mismo valor con o sin gasto comprometido con o sin deudas exigibles, vencidas o no, ya sea desde una concepción jurídico-económica y formal del mismo, ya desde una concepción funcional.

Tampoco plantea problemas al Tribunal la aplicación del subtipo agravado del artículo 432.3 último párrafo (aunque el TS alude también confusamente al artículo 432.3 b), al entenderse acreditada la disposición de fondos por encima de los doscientos cincuenta mil euros. Téngase en cuenta que, tal y como queda configurado ahora el artículo 432.3, este precepto plantea una doble agravación sucesiva que permite aplicar el subtipo del último párrafo sin necesidad de que concurra «grave daño o entorpecimiento al servicio público», lo que en el precedente artículo 432.2 (previo a 2015) no era posible, ya que se exigía cumulativamente entidad en la cuantía malversada y entidad en el daño o entorpecimiento, extremo este que ya no ha de comprobarse una vez probada la administración desleal de más de doscientos cincuenta mil euros.

Es cierto que no se concreta la cantidad exactamente malversada, pero sí al menos que esta, sin llegar a las cifras propuestas por la Abogacía del Estado, la Fiscalía o la acusación popular, supera la que permite la aplicación del tipo agravado. Aunque lo deseable habría sido su especificación exacta, es habitual en la jurisprudencia —y así ocurre también aquí— que cuando no se condiciona la tipicidad del delito a aplicar se remita la determinación cuantitativa definitiva a la instancia correspondiente, en este caso el Tribunal de Cuentas, únicamente a efectos de cifrar el montante de la responsabilidad civil. Es la práctica común de los tribunales y el reproche que a ello puede hacerse es el habitual a esta forma de proceder, que aquí no merece mayor consideración. La cuestión podría haber sido relevante, como se indica, si hubiera sido necesaria la concreción para determinar si estamos en el ámbito de aplicación de un tipo básico o, como en este caso, de uno agravado. A este respecto, hay que aludir también al hecho, alegado en la causa, de que algún compromiso de gasto no llegara finalmente a generarse, especialmente en

relación con diversos encargos a Unipost que no se materializaron. Téngase en cuenta, no obstante, que en el fallo se condena por un único delito de malversación, no por delito continuado ni por concurso de distintas malversaciones. Entiende el Tribunal, en mi opinión acertadamente —aunque podría discutirse—, que existe un único comportamiento de administración desleal —y no una pluralidad de acciones—, derivado de la adopción del acuerdo del Govern, manifestado en diferentes operaciones. Por ello, el hecho de que en alguna de ellas —por ejemplo, las referidas a Unipost— no se confirmara compromiso de gasto alguno no es relevante.

Aceptada tal y como se ha referido la ejecución de actos concretos subsumible en el delito de malversación por cuatro de los procesados, ningún problema plantea el juicio de su responsabilidad a título de autores. En relación con los procesados absueltos, el Tribunal explica que la codelincuencia exige, como presupuesto conceptual, algo más que un previo acuerdo de voluntades para delinquir; exige, dice el Tribunal, la realización de actos materiales, nucleares o no, de ejecución, sin que, a su juicio, este extremo haya quedado acreditado (p. 471). Este argumento no puede ser aceptado (aunque se comparta la postura que propone la ausencia de responsabilidad en el delito de malversación de estos procesados) si se toma en consideración que la teorías del dominio del hecho, funcional o social, permiten, sobre todo en estructuras organizadas, afirmar la condición de autor de quien nada hace durante la realización de la conducta típica. Lo importante es, como el propio Tribunal Supremo ha aceptado ya en numerosas sentencias, la capacidad para decidir el qué, el cómo y el cuándo del comportamiento delictivo. Otra cosa es que tal capacidad, que los procesados absueltos tenían, no se haya materializado finalmente por ellos. Los procesados condenados actúan con base en el acuerdo adoptado, pero con absoluta autonomía y sin condicionamiento alguno a las decisiones del resto de procesados. Pero este acuerdo no basta, señala el Tribunal, para realizar el juicio reprobatorio de la autoría. Ello puede compartirse, lo que no significa, insisto, que la atribución de responsabilidad a título de autor exija la realización de actos ejecutivos. Otra cosa es —y en ello sí puede acertar el Tribunal— que se entienda que el acuerdo en el que participan los procesados absueltos no adquirió virtualidad alguna para quien no realizó ningún compromiso de gasto concreto, momento de consumación de la malversación, en una especie de desistimiento delictivo conforme al artículo 16.2 del Código, que conlleva la impunidad. No queda claro si esta es la postura del Tribunal, que debería haberse explicado más para evitar reparos a la apreciación de un delito de malversación consumada para quien materializa el acuerdo de voluntades delictivo indubitado y no para quien se limita a participar en dicho acuerdo sin ejecutar ningún de acto de compromiso presupuestario.

El Tribunal basa la relación medial de este delito con el de sedición en su carácter instrumental respecto a la finalidad sediciosa, en el sentido del artículo 77.3 del Código Penal, sin que tampoco a este respecto deba existir controversia alguna. Ello al margen de la discusión —que no es ya necesario plantear habiéndose descartado el delito de rebelión— sobre la posibilidad de aplicar el artículo 473.2 como tipo agravado (rebelión con distracción de caudales públicos de su legítima inversión) en vez del concurso entre los delitos de malver-

sación y de rebelión, consumada o en grado de tentativa, de haberse optado por este delito y no por el de sedición, que no contempla un precepto agravado semejante.

3.3. LAS PENAS IMPUESTAS

Las pena que se impone a uno de los procesados (Oriol Junqueras) es de trece años de prisión y trece años de inhabilitación absoluta, con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

La pena impuesta al resto de condenados por delito de malversación es la misma, con la diferencia de que tanto la pena privativa de libertad como las distintas penas privativas de derechos se elevan no hasta los trece, sino hasta los doce años.

En los Fundamentos de Derecho, Letra D, el apartado 1 (pp. 477 ss.), el TS explica que la propuesta de la Abogacía del Estado, que ve en la relación entre los delitos de sedición y malversación un concurso medial, es la correcta. Tal y como se relatan los hechos probados, nada hay que objetar a esta conclusión, atendida la relación instrumental de ambos delitos. Ello lleva al Tribunal a imponer las penas referidas. Ahora bien, el Tribunal no explica el proceso que conduce a la obtención de los años de prisión e inhabilitación impuestos. La regla del artículo 77.3, tal y como este ha quedado configurado tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, obliga en primer lugar a concretar qué penas habrían sido impuestas separadamente para cada delito. Sin este paso previo no puede delimitarse con certeza en qué marco ha de moverse el Tribunal para aplicar la regla de cálculo del concurso medial.

El delito de sedición del artículo 545.1, aplicado a quien es autoridad, obliga a imponer una pena de prisión de entre diez y quince años y una pena de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. El delito agravado de malversación de los artículos 432.1 y 3 párr. 2, en relación con el art. 252, obliga a imponer una pena de prisión de entre seis (mínimo de la mitad superior de la pena prevista en el párrafo 1) y doce años (máximo de la pena superior en grado a la prevista en dicho párrafo) y a una pena de inhabilitación absoluta de entre quince y treinta años (mínimo y máximo conforme a la explicación anterior). Llama la atención que para el tipo agravado no se prevea la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a la que alude el tipo básico, que, no obstante, como hace el Tribunal, es imponible vía pena accesoria.

Suponiendo que por cada delito individual se hubiera impuesto la pena mínima (aunque no es esto lo que hace el Tribunal en relación con los procesados condenados únicamente por delito de sedición, no de malversación), la suma alcanzaría los dieciséis años de prisión y veinticinco años de inhabilitación, suma que debería operar como límite máximo que no podría exceder nunca la pena impuesta por el concurso medial de delitos. Ello, y ha de insistirse en este extremo, si las penas impuestas individualmente por cada delito hubieran sido las mínimas previstas, que es lo que ha de entenderse ha pretendido el Tribunal al omitir toda motivación al respecto. Este límite no se supera y en este punto la Sentencia

no merece objeción alguna, salvo la de falta de motivación (que, no obstante, no perjudica a los condenados).

En cuanto al mínimo por encima del cual habría de establecerse la pena finalmente impuesta, la regla del art. 77.3 no es suficientemente clara, al señalar que habrá de acudirse a la «[…] pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave». Cuál sea esta posible pena «superior» es una cuestión discutible. Ahora bien, si se entiende que el legislador pretende imponer una mayor penalidad para el concurso medial que para el concurso ideal de delitos (este es, sin duda, el sentido de la reforma de 2015, atenta al distinto desvalor de acción de ambas modalidades concursales, extremo sobre el que hay absoluto consenso doctrinal) y este exige imponer la pena en la mitad superior de la prevista para la infracción más grave, lo que implicaría que, siendo más grave el delito de sedición que el de malversación, dicha pena habría de moverse en el marco que va desde los doce años y medio (mínimo de la mitad superior) hasta los quince años de prisión (máximo de dicha mitad) y entre los doce años y medio (mínimo de la mitad superior) y los quince años de inhabilitación absoluta (máximo de dicha mitad), la pena del concurso medial debería ser superior a esta. Ello, entendiendo que, aunque la pena de inhabilitación del delito de malversación agravado es mayor que la del delito de sedición, en conjunto —y dado el *quantum* de la pena de prisión— este delito tiene pena más grave que el de malversación.

Es difícil aceptar, entonces, que la pena pueda ser de doce años de prisión e inhabilitación absoluta. Sí de trece años, entendiendo, y esta es una postura doctrinal —no jurisprudencial— consolidada, que de entre las diferentes cifras que se han manejado para interpretar el confuso art. 77.3, esta es, por una parte, superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave (suponiendo, claro, que de haber existido solo delito de sedición, la pena impuesta habría sido inferior a esos trece años de prisión e inhabilitación absoluta; tesis que puede mantenerse contemplando las penas del resto de «autoridades» condenadas por sedición, pero no por malversación —once años y seis meses, en un caso, y diez años y seis meses, en otros dos—), aunque no supera el máximo del marco previsto para ella y, por otra parte, superior en al menos un día a la que «podría» haberse impuesto de existir un concurso ideal de infracciones (mínimo de la mitad superior), aunque también podría haberse impuesto una pena mayor de existir dicho concurso (hasta el máximo de la mitad superior).

Los doce años (de prisión y de privación de derechos) que impone el Tribunal a tres procesados sí son defendibles, no obstante, admitiendo que es una pena simplemente superior a la que se habría impuesto —a la que podría haberse impuesto— para la infracción más grave (sedición) de haber concurrido solo esta, que es a lo que únicamente, estricta y literalmente, obliga el Código. Aunque, hay que insistir en ello, si se hubiera apreciado un concurso ideal, la pena resultante habría sido necesariamente, e ilógicamente, mayor.

Este es el criterio de interpretación del artículo 77.3, hay que recordarlo, que establece la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la nueva regla penológica para el concurso medial de delitos. Una pena que, se dirá, basta que exceda en un día a la que en concreto se habría impuesto de existir solo la infracción más gravemente penada (que

habría de entenderse, comparando las penas de otros procesados, serían esos diez años y seis meses indicados, impuestos a varios procesados). Pero esta interpretación, que la propia Fiscalía entiende procedente solo atendiendo a un principio de legalidad estricta, que impide proponer una interpretación de la norma contraria al interés del reo (y aunque ella misma admite que la reforma parecía pretender un marco penológico mayor para el concurso medial que para el ideal, lo que obligaría a haber entendido que la pena a imponer habría de ser siempre superior al máximo de la prevista para el delito más grave y a haber obligado al legislador, en consecuencia, a utilizar no la expresión «pena superior», sino la expresión «pena superior en grado»), no casa, como se decía, con la previsión del art. 77.2 para el concurso ideal (de menor gravedad que el medial), que obliga al mínimo de doce años y medio. Es lo que se advertía en los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado al anteproyecto de 2012, finalmente no atendidos en la redacción final del nuevo artículo 77.3. Como señala la propia Fiscalía señala, este es el *punctus pruriens* de la nueva regulación.

En definitiva, pena «aparentemente legal» —por una confusa redacción normativa—, que no responde al sentido de la reforma de 2015, en interpretación del texto del artículo 77.3 contrario a la doctrina prácticamente unánime, que no explica en modo alguno el Tribunal sentenciador y que debería haberse elevado, al menos, hasta los doce años, seis meses y un día de prisión para salvar todo reparo a la misma.

Todo ello al margen de que similares observaciones habrían de formularse sobre las penas accesorias a la pena privativa de libertad y sobre la principal pena de inhabilitación absoluta, de duración equivalente a la de prisión.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras la reforma de 2015, el delito de malversación permite sancionar comportamientos de administración desleal del patrimonio público haya o no apropiación privada de fondos. Siendo inobjetables las cuestiones relativas a los sujetos o al objeto del delito —y, aunque discutibles y no suficientemente motivadas, admisibles legalmente las penas impuestas—, el núcleo de la argumentación sobre la subsunción de las conductas enjuiciadas por el Tribunal Supremo en el redactado de los artículos 432.1 y 3 último párrafo debe hacerse descansar —y así se hace— sobre la existencia, por la remisión de los preceptos al dictado del artículo 252, de tal deslealtad y de un perjuicio patrimonial. La deslealtad surge de la ilicitud de los acuerdos adoptados relativos al destino de fondos para el desarrollo del proceso que condujo a la celebración del «referéndum». El perjuicio se produce con los consecuentes compromisos presupuestarios de gasto que se adoptaron en distintos Departamentos del Gobierno catalán. Los hechos realmente relevantes apenas se discuten por las partes procesales en lo que a este delito concierne. Sí se discute su relevancia jurídica, pero esta no debe ofrecer dudas, insisto, a la luz de la nueva perspectiva con la que el legislador ha afrontado la regulación de la malversación.

BIBLIOGRAFÍA

Castro Liñares, David, «Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por LO 1/2015», en *Diario la Ley*, nº 8835, 2016.

Castro Moreno, Abraham, «El nuevo delito de administración desleal de patrimonio público (malversación) en los anteproyectos de reforma del Código penal de 2012 y 2013», en *La gestión de los fondos públicos. Control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad* (Palomar Olmeda y Garcés Sanagaustín, Directores), Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 1175 a 1233.

De la Mata Barranco, Norberto J., «La gestión irregular del presupuesto público y la malversación», en *almacendederecho.org*, 7 de marzo de 2016.

De la Mata Barranco, Norberto J., «Administración desleal del patrimonio público», en *almacendederecho.org*, 10 de noviembre de 2019.

Martell Pérez-Alcalde, Cristóbal, «El delito de malversación», en *Comentario a la Reforma penal de 2015* (Quintero Olivares, Director), Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, pp. 691 a 697.

Mir Puig, Carlos, «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 68-1, 2015, pp. 185 a 236.

Nieto Martín, Adán, «Despilfarro público y Derecho Penal», en *almacendederecho.org*, 3 de septiembre de 2015.

Roca Agapito, Luis, «Malversación», en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia* (Álvarez García, Director), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 493 a 551.

Sánchez Robert, María J., «La protección del gasto público en el Código Penal. El delito de malversación de fondos públicos», en *Estudios sobre el control del gasto público en España* (Sánchez Galiana, Director), Granada: Comares, 2016, pp. 315 a 346.

Sanz Mulas, Nieves, «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19-05, 2017, pp. 1 a 35.

Sáinz-Cantero Caparrós, Eduardo José, «Consideraciones sobre el delito de malversación por administración desleal de patrimonio público (art. 432.1)», en *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (Suárez López, Barquín Sanz, Benítez Ortúzar, Jiménez Díaz y Sainz-Cantero Caparrós, Directores), vol. 2, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 1623 a 1646.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN
THE EXPLOITATION OF THE COMPLIANCE OF THE PRISON SENTENCE

Vicenta Cervelló Donderis

Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

RESUMEN

Una vez conocida la gravedad de las penas de prisión impuestas a los condenados por la STS 459/2019 de 14 de octubre y el rechazo al periodo de seguridad, se abre la incógnita de su forma de cumplimiento, en especial, las posibilidades de acceso a un régimen de semilibertad. Esta discusión requiere llevar a cabo un análisis de los requisitos legalmente previstos que tome en consideración la importancia que puede tener en su interpretación y aplicación la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña, dada la ubicación de las prisiones en las que se encuentran los penados. La ejecución de la pena debe ser individualizada: además de ser esta una exigencia derivada del mandato constitucional de reinserción social, no tiene por qué ser arbitraria ni vulnerar la seguridad jurídica, siempre que las decisiones penitenciarias se ajusten al marco legal de discrecionalidad, estén suficientemente motivadas y sometidas al control judicial.

PALABRAS CLAVE

Periodo de seguridad, transferencia de competencias penitenciarias, discrecionalidad reglada.

ABSTRACT

Once known the severity of the prison sanctions imposed to those condemned by the sentence of the Supreme Court 459/2019 14th October and the rejection of the period of security, the unknown about their form of enforcement begins, in particular about the possibilities of access to the semi-open regime. This discussion requires the analysis of the legal requirements, consistent with the importance of the interpretation and application of the penitentiary legal regime assigned to Catalonia, where the prisons are located. The enforcement of the penalties must be individualized, which is a requirement derived from the constitutional mandate of social reintegration, and not arbitrary, or in violation of the legal certainty, provided that the penitentiary decisions come to terms with the legal framework of discretion, will be entirely justified and submitted to the judicial control.

KEY WORDS

Security period, transfer of penitentiary competences, regulated discretion.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

Vicenta Cervelló Donderis
Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

1. INTRODUCCIÓN

Tras conocerse el texto íntegro de la STS 459/2019 de 14 de octubre, y a sabiendas de que la complejidad de la misma requería una lectura detallada, el foco de atención se centró en la calificación jurídica de los hechos —el Tribunal Supremo se había decantado por el delito de sedición descartando el delito de rebelión—, pero también en una cuestión no menor, a saber, la gravedad de las condenas impuestas, ya que la amplitud del marco de penalidad solicitado por las partes oscilaba entre veinticinco años de prisión (Ministerio Fiscal), doce años de prisión (Abogacía del Estado) y la libre absolución sostenida por la defensa. Por ello, verificado que casi todas las penas impuestas eran de prisión, la mayoría de ellas incluso superiores a diez años de duración, el punto de interés se desplazaba a las expectativas sobre su forma de cumplimiento y al tiempo que podían tardar los condenados en disfrutar de libertad.

Tales sospechas se basaban en tres cuestiones cuya discusión constituye el núcleo del análisis de los aspectos penitenciarios de la «Sentencia del *procés*». En primer lugar, si el rechazo del Tribunal a aplicar el periodo de seguridad —medida con la que tan solo se limitaba a no impedir una posible clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario— podía significar una autorización implícita de su concesión. En segundo lugar, si la facilidad con la que la Administración penitenciaria puede adoptar decisiones para reconocer el régimen de semilibertad conlleva el riesgo del incremento de estas decisiones

a consecuencia de la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña. En tercer y último lugar, si es correcto utilizar las decisiones penitenciarias, propias de la fase de ejecución, como correctivos de decisiones judiciales consideradas insatisfactorias.

Puede resultar paradójico señalar estas tres cuestiones en un comentario de sentencia. En buena medida, los aspectos penitenciarios no corresponden al momento del enjuiciamiento y fallo, dado que la ejecución es una fase posterior al enjuiciamiento que tiene una normativa y unos órganos decisorios propios. Sin embargo —y lamentablemente—, es cada vez más frecuente que, en el mismo momento de la condena, y como una suerte de corrección de la aparente poca severidad de la ley penal, se cuestione la forma de cumplimiento de la pena de prisión con la pretensión de controlar la modalidad de la condena bajo la premisa de que la ejecución no puede ser ajena a la esencia retributiva de la pena. En el propio fallo condenatorio ya es posible obstaculizar el acceso al tercer grado mediante la imposición del periodo de seguridad, e incluso, tras tener conocimiento del contenido del fallo condenatorio, y aunque no sea propio de este momento procesal, ya comienza a especularse sobre las posibles vías de excarcelación disponibles en la legislación penitenciaria, que dependen de la discrecionalidad de los órganos penitenciarios.

A partir de las penas impuestas en la STS 459/2019, de 14 de octubre, en este trabajo se va a analizar, en primer lugar, la procedencia o no del periodo de seguridad y las posibilidades de acceso al tercer grado y los permisos de salida conforme a las previsiones legales. A continuación se valorará la trascendencia que puede tener en las decisiones penitenciarias la transferencia de competencias relativas a la ejecución penitenciaria a la Generalitat de Cataluña. Por último, se hará una reflexión crítica de la instrumentalización de la modalidad de cumplimiento penitenciario cuando la ejecución se analiza desde una perspectiva meramente retributiva.

2. LAS PENAS IMPUESTAS EN LA SENTENCIA DEL *PROCÉS*

Atendiendo al fallo condenatorio de la Sentencia objeto de este análisis, los acusados fueron condenados a las siguientes penas:

Oriol Junqueras: 13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Raül Romeva, Josep Turull y Dolors Bassa: 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Carme Forcadell: 11 años y 6 meses de prisión y 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que ten-

ga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Joaquim Forn y Josep Rull: 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Jordi Sánchez y Jordi Cuixart: 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Meritxel Borràs, Santiago Vila y Carles Mundó: multa de 10 meses con una cuota diaria de 200 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por tiempo de 1 año y 8 meses.

A la vista de las penas impuestas, son varias las cuestiones que pueden despertar interés en relación con las consecuencias punitivas de los hechos juzgados.

Dado que se trata de penas de prisión superiores a dos años, queda descartada la suspensión de la ejecución de la pena, medida que habría podido impedir el ingreso en prisión siempre que concurrieran los demás requisitos legales y el sometimiento a las condiciones impuestas por el Tribunal.

Las penas de prisión superiores a cinco años —todas las de la Sentencia lo son— facultan al Tribunal para imponer el periodo de seguridad, medida cuya aplicación había reclamado el Ministerio Fiscal y que fue rechazada por las razones que más adelante se exponen.

La inhabilitación absoluta es, junto a la de prisión, la pena principal del delito de sedición. Por ello, ha sido impuesta a los condenados por este delito, es decir, a todos los enjuiciados menos a los Sres. Borrás, Vila y Mundó. A estos últimos se les ha impuesto la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público porque es la pena principal —junto a la pena de multa— del delito de desobediencia. Ello explica que en ambos casos no se haya hecho uso de penas accesorias al encontrarse su contenido ya incluido en la pena principal.

En virtud del art. 58.1 CP, el tiempo de prisión preventiva cumplido se abonará en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena impuesta, lo que se realizará en la liquidación de condena elaborada por el centro penitenciario, que debe fijar la condena total, el día de inicio y de fin de la condena, y los días de prisión preventiva cumplidos que se restarán del total de la pena a cumplir, afectando, por tanto, a la fecha de salida de la prisión.

En relación con las penas privativas de derechos impuestas, deberá procederse de acuerdo con el art. 58.4 CP, lo que nos lleva a valorar la medida cautelar de suspensión del ejercicio de cargo público acordada para algunos procesados por delito de rebelión, prevista en el art. 385 bis de la LECrim. Si bien es cierto que la medida cautelar es la suspensión del ejercicio de cargo público y la pena impuesta la privación definitiva del mismo, al encontrarse en relación progresiva no debería haber problema para entender que la privación definitiva comprende la imposibilidad de ejercicio. Por lo tanto, el tiempo de suspensión cumplido cautelarmente debería restarse del total de cumplimiento de la pena de inhabilitación impuesta; menos satisfactoria es la solución del abono parcial o compensación prevista en el art. 59 CP para los supuestos en los que la medida cautelar y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, como en el caso de los días de comparecencia periódica ante órgano judicial como medida cautelar asociada a la libertad provisional que son compensados proporcionalmente con días de prisión, dado que, aunque en ambas se restringen derechos, a diferencia del caso que nos ocupa, claramente son de distinta naturaleza.

3. EL PERIODO DE SEGURIDAD

3.1. SIGNIFICADO Y FUNCIONES

La Ley 7/2003, de 30 de junio, de reforma del Código penal español reguló el periodo de seguridad en el art. 36.2 CP como un requisito adicional para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria. Se trataba de incorporar un elemento estrictamente temporal para poder acceder al régimen abierto, previsión inexistente desde que el RD 1764/1993 suprimiera la necesidad de un tiempo mínimo de estancia de dos meses contemplada en el Reglamento de 1981, y estableciera que bastaba un periodo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno. Esta misma precaución fue mantenida por el Reglamento Penitenciario de 1995 con el fin de dar la máxima amplitud al sistema de individualización científica, basado en el estudio personal de las necesidades y evolución de cada interno y no en periodos predeterminados por la ley propios del tradicional sistema progresivo. Por esa razón, y por la distorsión que provocaba en el reconocido sistema penitenciario creado por la LOGP en 1979, se añadía la posibilidad de que fuera modificado por el juez de vigilancia para volver al régimen general, lo que no evitó que el periodo de seguridad fuera considerado por la doctrina como un grave y preocupante retroceso, dado que suponía cercenar el sistema de individualización científica y volver a un modelo ya superado por su excesiva objetividad y rigidez que marginaba las expectativas de reinserción social diseñadas por el equipo técnico y priorizaba el automatismo de los datos temporales.

El objetivo subyacente era limitar el pronto acceso al tercer grado de los internos condenados a las penas de mayor gravedad. Aunque su inspiración era el modelo francés —que lo limitaba a los delitos de terrorismo—, en su incorporación al Código Penal español se abrió a todas las penas de prisión de más de cinco años de duración, lo que confirmaba la relevancia de los fines retributivos y preventivo generales en la ejecución, aunque tratara de

paliarse con la posibilidad de revocación para no cerrar totalmente las puertas al sistema resocializador, pero ni siquiera en este caso a todos los delitos.

El protagonismo de elementos como los plazos temporales que, por su excesiva objetividad, son ajenos a la ejecución, redunda en el menoscabo de los instrumentos más ajustados a la individualización como las características personales del penado. Además, el periodo de seguridad iba acompañado de una mayor intervención judicial en la clasificación penitenciaria que hasta ese momento solo tenía lugar en caso de interposición de recurso. De esta manera, al imponer el tribunal sentenciador el periodo de seguridad y revocarlo el juez de vigilancia, se permitía que, en todo caso, fueran los órganos judiciales los que tomaran la iniciativa tanto para bloquear el tercer grado como para desbloquearlo; de otra manera, solo podrían intervenir en caso de interposición de recurso, dado que en el procedimiento general las propuestas de clasificación en tercer grado las formula la Junta de Tratamiento para ser autorizadas por el Centro Directivo, es decir, quedan a plena disposición de la Administración, salvo que se presente recurso de alzada por el interno o el Ministerio Fiscal ante el juez de vigilancia, con posterior posibilidad de recurso de reforma ante el propio juez de vigilancia y recurso de apelación ante el tribunal sentenciador.

La objetivización de la clasificación penitenciaria y su mayor intervención judicial vinculaba, además, la imposición del periodo de seguridad a las penas de más de cinco años, con lo cual se introducía la vertiente retributiva en la ejecución, de manera que la gravedad de la condena fuera uno de los condicionantes para disfrutar o no de tercer grado, como lo demuestra que inicialmente fuera obligatorio para todas las penas de más de cinco años, sin posibilidad de revocación en el caso de los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Todos estos argumentos quedan plasmados en la justificación que hace la exposición de motivos de la Ley 7/2003 de 30 de junio de la necesidad de introducir el periodo de seguridad: «[…] para servir de puente entre el ordenamiento penal y penitenciario, ya que a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y libertad condicional puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida».

La motivación de la reforma era, pues, clara: impedir el acceso inmediato al tercer grado de clasificación en delitos especialmente graves (considerando como tales todos los que llevan aparejada la condena a una pena superior a cinco años), ya que la amplia discrecionalidad existente en el cumplimiento de la pena exige su mayor concreción para que se lleve a cabo de forma «integra y efectiva» con el fin de que la certeza del castigo mejore la seguridad jurídica. Con ello trata de integrarse la forma de cumplimiento en la proporcionalidad de la pena impuesta con el propósito de extender la seguridad jurídica a la ejecución, pese a que los fines de esta última no coinciden con los de la determinación judicial, entre otros motivos por prevalecer la forma individual más adecuada de cumplimiento, sin que sea determinante la duración y efectividad de la pena.

La reforma del periodo de seguridad operada por la LO 5/2010 de 22 de junio parece atender las numerosas críticas vertidas contra el carácter punitivo, neorretribucionista y opuesto a la reeducación y reinserción social del periodo de seguridad. La nueva regulación dispone que tal restricción de acceso al tercer grado solo debe aplicarse a delitos de extrema gravedad —dado que resulta innecesaria su previsión con carácter general para todos los delitos sancionados con penas de más de cinco años— y lo convierte en un sistema opcional para el tribunal sentenciador. Así, la redacción actual del Código Penal prevé un doble modelo de periodo de seguridad: un supuesto general, opcional y revocable para penas de prisión impuestas superiores a cinco años, y un supuesto excepcional, obligatorio y no revocable para un listado cerrado de delitos como son los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos del artículo 183 y delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP, cuando la víctima sea menor de trece años, en los que sigue atribuyéndose a la inocuización un carácter preferente.

Dado que los delitos por los que se condenó a los acusados en la Sentencia objeto de análisis no entran en el listado del periodo de seguridad obligatorio, la decisión de su adopción quedaba en el marco del supuesto opcional. Es especialmente relevante el hecho de que el Código Penal no contemple ningún criterio orientativo para el tribunal sentenciador ni prevea la necesidad de oír a las partes, vacíos que propician un total arbitrio judicial que contrasta con la revocación por el juez de vigilancia, supuesto en el que el texto legal ofrece criterios orientativos y establece la necesidad de oír a las partes.

3.2. LA DENEGACIÓN DEL PERIODO DE SEGURIDAD

Dada la ausencia de criterios legales para adoptar el periodo de seguridad, su concesión queda bajo la total discrecionalidad del tribunal sentenciador, teniendo en cuenta que la duración de la pena es un requisito consustancial al mismo y que, por tanto, solo si las partes lo han solicitado o si el tribunal lo explica en su fundamentación, es posible conocer los motivos que justifican tanto su solicitud como su denegación y valorar si se trata de una decisión ajustada a Derecho.

En sus conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal solicitó la aplicación del periodo de seguridad contemplado en el art. 36.2 CP con esta escueta frase: «Se interesa la aplicación del art. 36.2 del Código Penal, en los términos que establece la citada previsión legal». Más allá de que esta lacónica fórmula pueda ser suficiente —dada la ausencia de criterios legales para su adopción—, la solicitud no parece coherente si se toma en consideración que se trata de una medida excepcional que supone una importante restricción del derecho a progresar en la clasificación penitenciaria y a disfrutar del régimen abierto —que es, precisamente, el más idóneo para dar cumplimiento al mandato constitucional de resocialización—.

La Sala es algo más elocuente en su denegación, pero es consciente de que dispone de plena libertad para decidir o no su imposición debido a la falta de criterios legales expresos. Reconoce que es una medida asociada a las penas graves que le permite incidir directamente en la progresión de grado y advierte que «[…] no puede ser interpretada como un meca-

nismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones de la Administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena y que, en su caso, estas decisiones tienen su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objeto de revisión». Asimismo, sostiene que el art. 36.2 CP otorga al tribunal la facultad de «[…] efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados por el delito». Son tres las conclusiones que pueden extraerse de estas líneas: la Sala parece ratificar el carácter excepcional de la imposición del periodo de seguridad; además, rechaza que su función sea suplantar las decisiones penitenciarias consideradas no acordes con la gravedad de la pena, pero advirtiendo que podrán ser revisables por vía de recurso ordinario; y, finalmente, fundamenta su rechazo a la aplicación del periodo de seguridad en la valoración de la peligrosidad criminal.

Veamos la importancia de cada una de las afirmaciones a las que recurre el Tribunal Supremo para denegar la imposición del periodo de seguridad.

En primer lugar, se trata de una facultad del tribunal sentenciador, lo que exige tener en cuenta la evolución que ha experimentado el periodo de seguridad desde su incorporación: si en 2003 era un requisito obligatorio para todas las penas de más de cinco años —y revocable en todo caso, salvo en los delitos de terrorismo y en los cometidos por organizaciones criminales—, en 2010 se modifica su regulación y pasa a ser opcional y revocable de forma general para todas las penas de más de cinco años —pero obligatorio y no revocable solo en un listado cerrado de delitos—. Las razones esgrimidas para suprimir el innecesario automatismo que generalizaba su aplicación a todas las penas de más de cinco años eran que bastaba con reservar su obligatoriedad a un listado muy selectivo de delitos de extrema gravedad y para el resto dejarlo como opcional con la finalidad de que el tribunal «[…] adecuara la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente garantizando la resocialización como primordial finalidad constitucional de la pena, sin perjuicio de otros fines legítimos de la misma» (exposición de motivos de la LO 5/2010).

En este caso, haciendo uso de su plena facultad decisoria, el Tribunal rechaza la imposición del periodo de seguridad. Sin embargo, las razones alegadas para fundamentar su decisión son desconcertantes, ya que, cuando advierte que su misión no es suplantar las decisiones penitenciarias que no se ajusten a la gravedad de la pena, la confusa redacción de ese concreto tramo de su resolución no aclara si admite que las decisiones penitenciarias deben tener necesariamente en cuenta el efecto retributivo y preventivo general en la modalidad de cumplimiento. De hecho, recuerda que, de no ser así, podrá abrirse la vía ordinaria de impugnación, aunque más adelante se oponga a la aplicación del periodo de seguridad basándose en la falta de peligrosidad criminal.

La regulación del periodo de seguridad ha generado especulaciones y debates teóricos sobre su finalidad: bien valorar la peligrosidad del condenado para bloquear su acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria en función de la tipología e historial delictivo, bien asociar su imposición a criterios retributivos y preventivo generales basados en la necesidad de la infalibilidad de la pena y la certeza de su cumplimiento, perspectiva, esta última, que no solo no se corresponde con los criterios que la legislación penitenciaria prioriza

a la hora de proceder a la clasificación, sino que se aparta, también, de la preferencia por la orientación preventivo especial sobre otros fines de la pena plasmada en el art. 25.2 CE.

Cuando el Tribunal Supremo decide no inmiscuirse en las decisiones penitenciarias parece distinguir dos momentos. Por un lado, la posibilidad de aplicar el periodo de seguridad —previsión que, si bien permite al tribunal sentenciador incidir directamente en la progresión de grado, no puede interpretarse como un mecanismo para evitar decisiones penitenciarias que no sean acordes con la gravedad de la pena, sino únicamente para valorar la peligrosidad de los condenados a penas graves—. Por otro lado, la fase de ejecución, donde la garantía de que no se tomen decisiones penitenciarias contrarias a Derecho es la posibilidad de recurrir de la que dispone el Ministerio Fiscal para que un órgano judicial pueda anularlas.

De esta forma, aunque podría entenderse que confía en que no se conceda el tercer grado en sede penitenciaria, y que, en caso que se conceda de forma prematura y el Ministerio Fiscal recurra, como tribunal sentenciador que debe conocer del recurso de apelación, según establece la DA 5 LOPJ, es posible que revise su decisión, habría que matizar que, si el Tribunal rechaza la imposición del periodo de seguridad por la inexistencia de peligrosidad, como veremos más adelante, no tiene mucho sentido que después impida el acceso al tercer grado concedido por las autoridades penitenciarias basándose en criterios relacionados con el tipo de delito o la duración de la pena, ya que, si para justificar el rechazo del periodo de seguridad ha recurrido a una argumentación basada en la prevención especial, estos no deberían sustituirse por una fundamentación anclada en la prevención general o la retribución en el caso de una hipotética interposición del recurso de apelación contra la clasificación en tercer grado.

Hechas estas confusas declaraciones, el Tribunal Supremo explica a continuación los motivos que le llevan a denegar la imposición del periodo de seguridad por no concurrir las circunstancias que justifican su aplicación. La Sala sostiene que el art. 36.2 CP le atribuye la facultad de «[…] efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados por el delito», extremo que, por cierto, no aparece en el texto legal ni en la exposición de motivos, a diferencia de la previsión de la revocación por el juez de vigilancia, en la que sí que se establece que se tendrá en cuenta el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento, y procede a formularlo en estrecha relación con el contenido de la pena de inhabilitación impuesta.

No parece haber un amplio consenso en que el fundamento del periodo de seguridad sea la peligrosidad criminal, ya que los motivos que provocaron su aparición fueron claramente retributivos y preventivo generales: bloquear el tercer grado en las penas graves. Por ello, el hecho de que la reforma cambiara el sistema obligatorio por el opcional no modificó su naturaleza, más allá de permitir al tribunal sentenciador discriminar dentro de las penas de más de cinco años aquellas que merezcan la restricción del derecho a ser clasificado conforme a las necesidades de tratamiento y evolución de la conducta. Así, el adelantamiento del momento de la decisión sobre su adopción a la fase de enjuiciamiento y fallo tiene más sentido en el enfoque retributivo que en el preventivo especial, ya que, pese a que la clasi-

ficación penitenciaria se rige claramente por esta última finalidad, el tribunal sentenciador no dispone de los medios ni de la información suficientes para valorar la probabilidad de que el condenado delinca en el futuro.

Quizá esto explique que, en la formulación del pronóstico de peligrosidad que indique que no es probable que los condenados delincan en el futuro de los condenados, todo el peso se haga recaer en la pena de inhabilitación absoluta y la correspondiente privación del derecho de sufragio pasivo y de asumir las responsabilidades públicas que los condenados ejercían en el momento de los hechos. Por lo tanto, no hay valoración de las circunstancias personales ni de datos relacionados con los efectos resocializadores del cumplimiento de la pena de prisión, sino exclusivamente una referencia al contenido asegurativo de la pena de inhabilitación que impide el ejercicio de empleos públicos y de ser elegido para cualquier cargo público, con lo que la comisión del delito se vincula al ejercicio de cargos públicos.

Como consecuencia de ello, en lugar de valorar la necesidad o no del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario por no plantear objeciones a la posibilidad de clasificación en régimen abierto cuando las autoridades penitenciarias así lo decidan, se estima que, como han sido condenados a pena de inhabilitación, no hay posibilidad de reiteración delictiva mientras no puedan ser elegidos para cargo público ni asumir responsabilidades políticas. Esto está reñido con el último párrafo, en el que, obviando estas consideraciones sobre la inhabilitación, vuelve a recordar la posibilidad de que, llegado el caso, el recurso del Ministerio Fiscal y la revisión judicial de las decisiones administrativas que se consideren contrarias a Derecho garantizan el cumplimiento de la legalidad.

La cuestión que se deja abierta es la determinación de lo que, en su caso, podrá ser entendido como decisiones «contrarias a Derecho», es decir, no aclara si esta expresión hace referencia a aquellas decisiones que no se correspondan con la gravedad de la pena —por ejemplo, un tercer grado inicial en el caso de la imposición de penas de nueve a trece años de prisión— o a aquellas que no respondan a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión —como parece señalar la Sala—, interpretación, esta última, que podría referirse a las decisiones poco fundamentadas o generalizadoras que no detallen las especiales circunstancias de cada uno de los penados.

La conclusión de todo lo expuesto es que, si el Tribunal Supremo no aplica el periodo de seguridad en la Sentencia, es porque no exige que deba cumplirse la mitad de la condena antes de acceder al tercer grado ni se opone, en principio, a una eventual clasificación en tercer grado cuando las autoridades penitenciarias así lo consideren oportuno. Por lo tanto, no tiene sentido que ese mismo Tribunal se oponga posteriormente a la misma por vía de recurso ordinario, salvo que, sin exigir el cumplimiento de la mitad de la condena, espere implícitamente un mínimo de cumplimiento en prisión, algo que, por cierto, la LOGP no exige. Pero es que, además, si para denegar el periodo de seguridad ha bastado la falta de peligrosidad criminal en el contenido de la pena de inhabilitación que los penados están cumpliendo, sin hacer referencia a que la necesidad de cumplimiento pueda ser incompatible con el cumplimiento en semilibertad —dado el carácter retributivo, intimidatorio o ejemplarizante de la pena de prisión—, sigue sin tener sentido que, en caso de que sean

clasificados en tercer grado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario donde cumplan condena, se recuperen como argumentos algunas referencias no utilizadas hasta el momento —así, la gravedad de la pena o su finalidad preventivo general—, ya que, si la denegación se basa en la falta de peligrosidad criminal de los penados por la imposibilidad de que cometan del delito mientras cumplan la pena de inhabilitación, su posible acceso al tercer grado no debería ser un impedimento mientras sigan cumpliendo la pena privativa de derechos que les impide ejercer cargos públicos.

4. POSIBILIDADES LEGALES DE EXCARCELACIÓN ANTICIPADA

Como ha señalado al inicio, el rechazo del Tribunal a imponer el periodo de seguridad en la sentencia condenatoria disparó todas las alarmas sobre la posibilidad de que los penados accedieran inmediatamente al tercer grado y disfrutaran de permisos de salida. Así, se cuestionó la objetividad de las decisiones de las autoridades penitenciarias y se sugirió que la única manera de garantizar que no se burlara la ley era que Cataluña perdiera su competencias en materia penitenciaria, propuesta que, más allá de su dudosa constitucionalidad, entraña de inicio tres errores: en primer lugar, la asunción de que la denegación del periodo de seguridad en la sentencia constituye una garantía de acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria —tesis que ignora el carácter excepcional del primero y la naturaleza residual, en términos generales, del segundo—; en segundo lugar, la afirmación de que, pese a ello, clasificar en tercer grado a los penados sería en todo caso de una decisión injusta y arbitraria —pese a que la flexibilidad del sistema penitenciario español no impide expresamente un tercer grado desde el inicio de la condena—; y en tercer lugar, la convicción de que el eventual acceso a cualquier ventaja penitenciaria de estos penados solo podría explicarse por la poco confiable ejecutoria de los responsables de las prisiones catalanas, una tesis que trae causa de la suspicacia que en amplios sectores genera la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña; sus sostenedores ignoran, sin embargo, que la legislación es común a todo el territorio nacional, que toda decisión penitenciaria está sometida a control judicial y que los órganos jurisdiccionales son, también, de ámbito estatal.

A continuación se expondrán las posibilidades de cumplimiento que deja abierta la Sentencia 459/2019 como consecuencia directa de la no imposición del periodo de seguridad. Ello implica analizar las posibilidades de excarcelación anticipada legalmente previstas en la normativa penitenciaria de ámbito estatal teniendo en cuenta su correspondiente procedimiento de aplicación y las eventuales diferencias que puedan derivarse del alcance de la competencia penitenciaria transferida y considerando que, en todo caso, el control legal y judicial previsto para garantizar el cumplimiento de legalidad en la ejecución tiene como objetivo no permitir actuaciones que sobrepasen el marco legal de actuación.

4.1. CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS DECISIONES SOBRE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

El primer acto de relevancia penitenciaria de un sujeto que ha sido condenado a pena de prisión es la clasificación en primero, segundo o tercer grado, ya que esta operación determina su ubicación en el módulo correspondiente, las actividades que va a poder desarrollar —laborales, educativas, ocupacionales o de ocio—, las medidas de vigilancia y control que va a soportar y la posibilidad de acceder a permisos de salida. Según establece el art. 103 Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), en el plazo máximo de dos meses desde que se recibe el testimonio de sentencia en el centro penitenciario, tras un periodo previo de observación para recoger datos y formular un programa de tratamiento, la Junta de Tratamiento realizará la propuesta de clasificación para que en dos meses más resuelva el Centro Directivo de forma escrita y motivada. Notificada tal decisión al interno, cabrá recurso de alzada ante el juez de vigilancia, recurso posterior de reforma ante el mismo órgano y de apelación ante el tribunal sentenciador. Cuando se trate de resoluciones de clasificación en tercer grado, se notificarán en tres días al Ministerio Fiscal para que pueda interponer recurso.

Lo elementos más relevantes de este somero procedimiento de clasificación son, en primer lugar, el plazo máximo de dos meses, prorrogable a dos más, que tendrá que esperar el penado hasta conocer la decisión adoptada sobre su situación penitenciaria; en segundo lugar, el órgano competente para tomar tan trascendente decisión —la Junta de Tratamiento, que en principio es un órgano con perfil más tratamental que regimental—, que se limitará a formular una propuesta que posteriormente deberá ser ratificada por el Centro Directivo; por último, el hecho de que, en todo caso, el acuerdo de clasificación que se notifique al interno podrá ser recurrido por este o por el Ministerio Fiscal ante el juez de vigilancia y ante el tribunal sentenciador. Todo ello evidencia que se trata de una decisión que ha de tomar un órgano administrativo siguiendo los requisitos legales, haciendo uso de una discrecionalidad legalmente autorizada que está sometida a control judicial.

De la lectura de los requisitos legales que han de cumplirse para proceder a la clasificación penitenciaria puede comprobarse que la propuesta de clasificación es formulada por órgano colegiado constituido por profesionales del centro penitenciario y que la misma tiene que ser ratificada por el Centro Directivo. Si en el ámbito nacional el Centro Directivo es la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior, en el caso de Cataluña el Centro Directivo es la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a las víctimas del Departamento de Justicia, anterior Dirección General de Servicios Penitenciarios.

El art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP) establece que para decidir el grado de clasificación del penado se tendrá en cuenta la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que retornará y los recursos disponibles en cada momento. De todos estos elementos, el único que tiene carácter objetivo es la duración de la pena, ya que el resto depende de la valoración de la Junta de Tratamiento. El hilo conductor de todo el procedimiento de

clasificación es el sistema de individualización científica, caracterizado por su gran flexibilidad y su revisión cada seis meses. Es significativo que, si no se ha impuesto el periodo de seguridad, no hay inconveniente para que el penado acceda desde el inicio al tercer grado, siempre que, como señala el art. 104.3 RP, su historial delictivo y su integración social sean especialmente favorables, ya que los requisitos generales son muy amplios y se limitan a exigir que las circunstancias personales y penitenciarias de los internos les capaciten para vivir en semilibertad.

A ello hay que añadir que, desde la reforma de 2003, el acceso al tercer grado se condiciona además a que el interno haya satisfecho las responsabilidades civiles impuestas en la sentencia, con una especial incidencia en un listado de delitos entre los que se encuentra precisamente la malversación. Sin embargo, la falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil debida a su remisión al Tribunal de Cuentas para su determinación por la jurisdicción contable no supone, de momento, un obstáculo para los condenados.

Una vez descartada la posibilidad de que los condenados por la STS 459/2019, de 14 de octubre, puedan ser clasificados en primer grado o régimen cerrado porque no responden a los criterios de peligrosidad extrema o inadaptación recogidos en el art. 10 LOGP, queda la opción de que sean clasificados en segundo grado o en tercer grado, o incluso, en el primer caso, de que se recurra a la combinación de ambos permitida por el art. 100.2 RP. Así, los posibles espacios de semilibertad ordenados de menos a más y de forma progresiva pueden ser ordenados de la forma siguiente: clasificar en segundo grado, clasificar en segundo grado y aplicar el art. 100.2 RP —que recoge el principio de flexibilidad y permite, por tanto, aplicar a los condenados algunas características del tercer grado—, clasificar en tercer grado restringido limitando el alcance de los permisos de salida o clasificar en tercer grado en cualquiera de sus modalidades —la salida durante el día con la obligación de regresar al centro a pernoctar, o la semilibertad sin obligación de pernoctar en el centro si el condenado se somete al control telemático o reside en una unidad dependiente—.

Con carácter general, son, por tanto, tres las modalidades de tercer grado en relación con su contenido, y tres más en relación con la forma y lugar de cumplimiento: quedan, además, otros supuestos específicos previstos para enfermos, ancianos o drogodependientes. En conjunto, todas estas opciones muestran las diversas opciones disponibles para que los penados puedan disfrutar de la semilibertad.

En este sentido, en los supuestos generales mencionados en relación al contenido y extensión del tercer grado, y teniendo en cuenta que el cumplimiento penitenciario se basa en una progresión, se pueden dar las siguientes posibilidades:

a) Estar clasificado en segundo grado. Se trata del régimen ordinario, caracterizado por las medidas de seguridad basadas en el logro de una convivencia ordenada y la posibilidad de realizar actividades de trabajo y formación. En este supuesto, lo más atractivo para los penados es que una vez cumplan una cuarta parte de la condena pueden disfrutar de hasta treinta y seis días de permisos de salida al año si la Junta de Tratamiento del centro lo acuerda. Hay que destacar que, siendo relevante que si los permisos duran menos de dos

días solo necesitarán la aprobación del Centro Directivo. Hay que señalar que durante todo el periodo en el que los penados se encuentran en situación de preventivos en el centro y hasta el momento de la clasificación cumplen este régimen de vida, con la excepción de la posibilidad de disfrutar de permisos de salida.

b) Estar clasificado en segundo grado con las características de la vida en semilibertad propia del tercer grado en virtud del art. 100.2 RP. El equipo técnico del centro penitenciario puede proponer a la Junta de Tratamiento que adopte un modelo de ejecución mixto en el que se combinen las características de distintos grados penitenciarios. Para ello, es necesario que la propuesta se fundamente en un programa específico de tratamiento, que se justifiquen las razones que no permiten llevarlo a cabo de otra forma y que se describan los elementos específicos del cumplimiento; también es importante destacar que, aunque se requiera la ulterior aprobación del juez de vigilancia, su ejecución es inmediata, lo que le da un cierto carácter provisional.

Es reseñable que, en la actualidad, y aun considerando su excepcionalidad, se trata de un mecanismo cada vez más utilizado por el juego que da a la progresión, en la medida en que acorta las distancias entre unos grados y otros y prepara de manera escalonada para progresar de grado y permite, por ejemplo, que antes del paso al tercer grado se mantenga la permanencia del interno en el segundo grado pero con posibilidad de salir del centro a diario para trabajar o realizar actividades o de tener permisos de salida de fin de semana. Por ese motivo, al tratarse de una modulación de la rigidez del segundo grado, este régimen se plantea como una oportunidad para facilitar la vida penitenciaria a internos que, por sus especiales características, pueden hacer un buen uso de esta variedad mixta de clasificación, hasta el punto de que incluso se utiliza para permitir salidas a internos con periodo de seguridad impuesto y no revocado, es decir, en casos en los que el juez de vigilancia no ha revocado el periodo de seguridad impuesto en sentencia, pero permite el cumplimiento de este sistema mixto de clasificación.

Como sus criterios son tan amplios y pueden dar lugar a una gran arbitrariedad en su concesión, el Auto nº 1322/2005 AP Barcelona sec. 9ª, de 10 de octubre de 2005, como muchos otros posteriores, insiste en la necesidad de que la concesión de este régimen se fundamente en un programa específico de tratamiento cuya ejecución no sea posible de otro modo, lo que obliga a pormenorizar los motivos de la decisión y la descripción de las horas de estancia en el centro y actividades a desarrollar en el exterior.

c) Estar clasificado en tercer grado con régimen abierto restringido. Es una modalidad prevista en el art. 82 RP en la que, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala u otras condiciones personales, la concesión del tercer grado conlleva la limitación de salidas. Este régimen no permite, pues, el disfrute de todas las ventajas del régimen abierto. Por ejemplo, en lugar de salir todos los fines de semana, el interno solo puede hacerlo cada quince días. Por ello, es una especie de régimen ordinario en el que cada quince días los internos pueden disfrutar de permisos de salida. Aunque en esta opción el sujeto está en tercer grado, se trata más bien de una limitación del tercer grado por la falta de preparación del penado para estar en libertad. En este sentido, este régimen se adapta menos a las peculiaridades de los condenados por la Sentencia objeto de estudio que el supuesto anterior.

d) Estar clasificado en tercer grado pleno. Es la opción más favorable para el interno y sus formas de cumplimiento son muy diversas y se articulan siguiendo la secuencia progresiva de las distintas vías de disfrutar de semilibertad. Las distintas formas de cumplir un tercer grado mediante una escala decreciente de restricciones «de más a menos son las siguientes: salir al exterior durante el día y pernoctar en la sección abierta del centro penitenciario o CIS (Centro de Inserción Social), residir en una unidad dependiente con un grupo reducido de internos y educadores y no pernoctar en el centro penitenciario si el interno se somete al control de pulsera telemática.

Todos los acuerdos de clasificación pueden ser impugnados en apelación, recurso que, por tratarse de ejecución de penas, resolverá el Tribunal Supremo en su condición de tribunal sentenciador.

Como puede observarse, son diversas las posibilidades, y todas ellas pueden quedar debidamente justificadas si se cumplen los requisitos legales adaptados a las necesidades tratamentales de cada condenado. Por ello, y teniendo en cuenta que la duración de la pena es uno de los elementos a valorar en la clasificación, pero no el más importante, en principio no existen impedimentos legales expresos para que se aplique el art. 100.2 RP a fin de facilitar las salidas al exterior desde un segundo grado, o incluso un tercer grado que avance desde una fase inicial que obligue a pernoctar en prisión a otra más avanzada con control de pulsera telemática, pese a que, en términos generales, en los casos de penas de más de diez años no es habitual la posibilidad disfrutar de semilibertad durante la fase más temprana del cumplimiento de la condena.

Cumplidos dos meses desde la notificación de la sentencia STS 459/2019, de 14 de octubre, se ha informado que las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios donde se encuentran recluidos los internos han propuesto para todos ellos el segundo grado de clasificación. Falta el acuerdo del Centro Directivo y que a continuación se presente o no recurso por los internos o por el Ministerio Fiscal. Pese a ello, hay que tener en cuenta que el carácter dinámico y revisable de la clasificación penitenciaria presenta un escenario abierto y constantemente sometido a posibles cambios.

4.2. POSIBILIDADES DE OBTENCIÓN DE PERMISOS DE SALIDA

Como ya se ha señalado anteriormente, junto al destino a un determinado centro penitenciario y la asignación de módulo dentro del establecimiento, la clasificación es la decisión de mayor relevancia penitenciaria porque no solo determina la modalidad de vida en cuanto a medidas de vigilancia y actividades a desarrollar por el interno, sino que también abre la puerta al disfrute de permisos de salida, posibilidad que, lejos de ser automática, está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos que permiten la concesión de distintos tipos de permisos.

Solo los internos clasificados en primer grado carecen de permisos de salida, más allá de los que se conceden por motivos humanitarios a todos los internos, mientras que el resto de internos pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios dirigidos a preparar la vida en libertad que pueden tener una duración de hasta siete días consecutivos, con un total

de treinta y seis días al año —en el caso de los condenados en segundo grado de clasificación— y de cuarenta y ocho días al año —en el caso de condenados clasificados en tercer grado—. Hay que recordar, como se ha avanzado, que el órgano que autoriza los permisos de salida es distinto en función de su duración. Si son inferiores a dos días, los acuerda el Centro Directivo y, si son superiores, debe autorizarlos el juez de vigilancia. Este extremo puede adquirir cierta relevancia por el hecho de que se haga mayor uso de esta competencia por parte de la Administración penitenciaria de Cataluña que por la Administración central.

Para ello será necesario un informe del equipo técnico del centro penitenciario donde cumplen condena, que se haya cumplido la cuarta parte de la condena —deduciendo los días de detención o prisión preventiva— y que el interno no incurra en mala conducta. Algunos de los criterios más controvertidos que se utilizan en los informes pueden darse en la causa resuelta por la STS 459/2019; por ejemplo, la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (pese a que legalmente solo se exige haber cumplido una cuarta parte), la gravedad del delito y la alarma social que ha causado, la duración de la pena, el reconocimiento de los hechos (que no es coincidente con su calificación jurídica), el tiempo de estancia en prisión o la existencia de causas pendientes. Para formular las propuestas, los equipos técnicos se basan en la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) creada por la Circular DGIP 22/1996, de 16 de diciembre, mientras que en los centros penitenciarios de Cataluña se utiliza desde 2010 el sistema RisCanvi de valoración del riesgo.

Existen otros supuestos específicos de permisos de salida motivados por razones humanitarias, de salud o tratamentales. Uno de ellos, que hasta el momento había pasado desapercibido, ha adquirido especial resonancia porque es el que se concedió a Iñaki Urdangarín, condenado a cinco años y diez meses de prisión por malversación, prevaricación, fraude, delitos fiscales y tráfico de influencias. Se trata del permiso de salida regulado en el art. 117 RP, previsto para internos de segundo grado de baja peligrosidad social sin riesgo de quebrantamiento de condena, dirigido al desarrollo de actividades en el exterior en el marco de una programa de tratamiento específico, cuya propuesta la formula la Junta de Tratamiento, la aprueba el juez de vigilancia y solo en caso de que fueran salidas puntuales o irregulares requiere la autorización expresa del Centro Directivo. Las ventajas de este tipo de permisos son, entre otras, las siguientes: no es necesario estar clasificado en tercer grado, no requiere que se haya cumplido ningún mínimo de condena, la amplitud de sus requisitos dota de gran discrecionalidad a la Administración para su concesión y al tratarse de una cuestión de régimen el recurso de apelación lo resuelve la Audiencia Provincial.

4.3. RELEVANCIA DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS EN MATERIA PENITENCIARIA

Expuestas todas las posibilidades de excarcelación anticipada a las que pueden acceder los condenados —y haciendo especial énfasis en la relevancia de que la no imposición del periodo de seguridad no impide la concesión del tercer grado, y con ello, la posibilidad de disfrutar de un régimen de semilibertad—, a continuación se analizará la trascendencia

que puede tener la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña teniendo en cuenta que los centros donde se encuentran los condenados se ubican en esta Comunidad Autónoma.

En virtud del art. 149.1.6º CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal y penitenciaria. Dado que el precepto no hace referencia a la competencia de ejecución penitenciaria, el 149.3 prevé que las materias no atribuidas expresamente al Estado pueden corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. Conforme a esta previsión, Cataluña, el País Vasco, Andalucía y Navarra en un primer momento y Aragón y Extremadura después asumieron la competencia de ejecución penitenciaria en sus respectivos Estatutos, si bien solo Cataluña hasta la fecha la ha desarrollado.

El RD 3482/1983, de 28 de diciembre, formalizó la transferencia de la competencia ejecutiva en materia penitenciaria a Cataluña, lo que significa que, compartiendo la legislación penitenciaria en su totalidad —tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria LO 1/1979, de 26 de septiembre, como el Reglamento Penitenciario RD 190/1996, de 9 de febrero— en virtud de la exclusividad de la competencia legislativa del Estado, Cataluña ha asumido la ejecución de la legislación penitenciaria estatal. Tal competencia de ejecución comprende la gestión de los centros penitenciarios radicados en el territorio catalán (dirección, organización e inspección de los mismos), la ejecución del régimen y el tratamiento penitenciario y la aprobación de normas de organización y funcionamiento interno de los centros.

Como consecuencia de esta dualidad de administraciones penitenciarias la Administración del Estado se ocupará de la gestión de todos los centros penitenciarios del territorio nacional, excepción hecha de los ubicados en Cataluña. En el caso de estos últimos, dependerá de la Generalidad de Cataluña no solo la gestión de los centros. En virtud de su capacidad de crear normas propias de organización, podrán darse diferencias en la estructura orgánica de los servicios penitenciarios, el diseño y funcionamiento interno de los centros penitenciarios, y la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria estatal, ya que, como señala el Estatuto de Autonomía, la normativa penitenciaria se adaptará a la realidad social de Cataluña.

La materialización de las diferencias reside, por tanto, en la capacidad de dictar normas propias de organización y funcionamiento interno. Entre ellas destacan el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña, aprobado por Decreto 329/2006, de 5 de septiembre, y las Instrucciones y Circulares, cuya función es que los órganos administrativos dirijan las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes de ellos para ordenar el funcionamiento y régimen interno de los centros penitenciarios.

Las diferencias más relevantes que se van a exponer son únicamente aquellas que puedan tener incidencia directa sobre materias que afectan a la vida penitenciaria de los condenados. Es necesario recordar que, en todo caso, pueden ser revisables por vía de recurso,

partiendo de la base de que, en su mayoría, las diferencias atañen a las especificidades de la estructura orgánica y de la normativa propia de funcionamiento interno.

En relación con la estructura orgánica, el primer dato que hay que tener en cuenta es que, en todas las ocasiones en las que la LOGP y el RP aluden al Centro Directivo de Cataluña, hacen referencia a la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a las víctimas dependiente del Departamento de Justicia. Tanto su denominación como su dependencia del Departamento de Justicia y no del de Interior —esta última es la dependencia orgánica en la Administración central— ya denotan un enfoque menos punitivo. De hecho, hasta enero de 2019 tal organismo se denominó Dirección General de Servicios Penitenciarios. Desde entonces, la materia carcelaria se caracteriza por la referencia a los aspectos rehabilitadores y restaurativos. Estos matices pueden ser relevantes en los criterios de clasificación penitenciaria, que, como señala la legislación penitenciaria, quedan en manos del Centro Directivo.

También puede observarse alguna diferencia en la composición y funcionamiento de órganos penitenciarios como los equipos técnicos, regulados por el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal de Cataluña, disparidad que puede producir ciertas divergencias en la interpretación de la normativa penitenciaria, ya que son los órganos competentes para realizar los informes que remiten a las instancias correspondientes para la toma de decisiones.

Y finalmente, el ámbito en el que pueden detectarse más diferencias es el del diseño de la política penitenciaria, recogida en las Circulares e Instrucciones propias de la Generalidad de Cataluña, ya que hay precedentes que han evidenciado una distinta interpretación de las normas estatales con una perspectiva más flexible y menos punitiva por parte de la Administración penitenciaria de Cataluña. Ejemplos de ello son la aplicación de los requisitos legales de acceso al tercer grado y su carácter retroactivo incluidos en la reforma penal de 2003 —de cuya flexibilidad dependía o no el bloqueo de este grado penitenciario— o el sistema RisCanvi de valoración del riesgo, más ambicioso que las tablas de variables del riesgo previstas a nivel nacional para la concesión de permisos de salida.

Son, pues, varias las figuras penitencias que disponen de normativa propia para su organización y funcionamiento en los centros penitenciarios dependientes de la Generalidad de Cataluña, lo que puede dar lugar a pautas de actuación no coincidentes con las estatales. Por ejemplo, la Circular 1/2005, de 17 de enero, de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Juvenil reguladora de la aplicación del art. 100.2 RP, la Circular 2/2005, de 17 de enero, de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Juvenil sobre aplicación del art. 117 RP, la Instrucción 4/2005, de 13 de julio, de la Subdirecció General de Programes de Rehabilitació i Sanitat sobre permisos de salida o la Instrucción 1/2007, de 18 de mayo, de la Direcció General de Recursos i Règim Penitenciari sobre el procedimiento de evaluación continuada de los internos en régimen abierto, entre otras[1].

Todos los condenados por la STS 459/2019, de 14 de octubre, se encuentran en prisiones catalanas, concretamente Lledoners (Barcelona), Puig de Basses (Girona) y Mas

d´Enric (Tarragona). Por esta razón, aunque los requisitos legales de las distintas figuras penitenciarias que se adopten sean los previstos en la LOGP y el RP, puede haber diferencias de criterios que se apoyen en las mencionadas Circulares e Instrucciones y que prevean una forma distinta de llevar a la práctica las directrices legales. De hecho, en general, la normativa propia de ejecución penal se orienta a potenciar una mayor flexibilidad en la clasificación y las salidas al exterior, por lo que no puede descartarse que, una vez los penados cumplan una carta parte de la condena estando en segundo grado, disfruten de permisos de salida, o bien que a través de la aplicación del art. 100.2 RP con la combinación de segundo y tercer grado se faciliten sus salidas al exterior.

5. POLÍTICA Y EJECUCIÓN PENAL

El Tribunal Supremo fundamenta su negativa a aplicar el periodo de seguridad solicitado por el Ministerio Fiscal en que la facultad que otorga el art. 36.2 CP al tribunal sentenciador se basa en la necesidad de que este pueda incidir directamente en la progresión de grado a los condenados a penas graves, pero que ello no puede ser interpretado como un mecanismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones penitenciarias que no se consideren acordes con la gravedad de la pena, recordando que para ello ya existe un trámite ordinario de impugnación.

Aunque con esta afirmación el Tribunal Supremo limita su actuación en la aplicación del art. 36.2 CP a la valoración de la peligrosidad de los condenados con penas graves —y rechaza que ello pueda suponer la evitación anticipada de la adopción de decisiones penitenciarias no acordes con la gravedad de la pena—, crea cierta confusión, ya que podría entenderse que, más que un rechazo a vincular las decisiones penitenciarias con la gravedad de la pena en todo caso, solo lo hace en la aplicación de este precepto en concreto. Es cierto que matiza que la capacidad de revisar decisiones penitenciarias se limita a las que son contrarias a Derecho y que «siempre y en todo caso» el cumplimiento de la pena se ajustará a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión, pero debe tenerse mucha cautela en velar por que el control judicial de las decisiones penitenciarias repose en la vulneración de los requisitos legales y no en criterios retributivos ajenos a la ejecución.

Como el propio Tribunal Supremo reconoce, tras la denegación del periodo de seguridad en la sentencia condenatoria se abre un segundo escenario en el que la Administración penitenciaria puede conceder, en su caso, beneficios legalmente previstos para facilitar la excarcelación. Si bien debe reunir los requisitos legalmente previstos, la adopción de estas medidas está revestida de una innegable discrecionalidad, aunque limitada por distintos instrumentos de control dirigidos a velar por el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros.

Rechazado, por tanto, el periodo de seguridad, se deja en manos de las autoridades penitenciarias la potestad de diseñar el modelo de cumplimiento de las condenas, aspecto que debería moverse entre los márgenes de discrecionalidad de los que disponen los centros

penitenciarios para tomar sus decisiones y la garantía de legalidad que ejerce el control judicial —con la posibilidad de interponer recurso tanto por el Ministerio Fiscal como por el interno—. En numerosas ocasiones, sin embargo, cuando llega este momento intenta utilizarse la ejecución penitenciaria como una suerte de instrumento para modelar una decisión judicial insatisfactoria con el fin de recuperar una retribución no suficientemente reflejada en el fallo condenatorio o, en sentido inverso, para suavizar la excesiva dureza de la condena impuesta.

Son dos los errores más relevantes de tal proceder. En primero es que no respeta la separación de poderes, en virtud de la cual el Poder Judicial tiene la competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y el Ejecutivo, a través de la Administración penitenciaria, la potestad de diseñar la forma de cumplimiento de la pena recogida en la sentencia, teniendo en cuenta que, por imperativo constitucional, la ejecución penitenciaria deber estar principalmente orientada hacia la reeducación y reinserción social como forma de prevención especial, sin que la retribución plasmada en la gravedad del delito y de la pena deban priorizar y condicionar cualquier tipo de respuesta penitenciaria. El segundo error es que identifica la potestad penitenciaria de diseñar un programa individualizado de ejecución penitenciaria con la arbitrariedad y que, por ello, no toma en consideración que esa potestad queda dentro de la discrecionalidad de su actuación y que es legítima siempre que sea respetuosa con el principio de legalidad y esté sometida a control judicial. Por lo tanto, entender que la libertad de tomar decisiones penitenciarias es total y absoluta supone desconocer el sometimiento a la legislación penitenciaria y al control judicial.

5.1. EL DISCURSO POPULISTA SOBRE LA EJECUCIÓN Y SU VULNERACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Con el mero cumplimiento de la legislación penitenciaria nacional y de las normas de organización y funcionamiento autonómicas es posible —si bien es cierto que no se trata de una regla general— acceder al tercer grado, a la clasificación flexible del art. 100.2 RP o a los permisos de salida en todo tipo de condenas con independencia de su duración. Pese a ello, existen recelos sobre la actuación de las autoridades penitenciarias y el correcto funcionamiento de todas las garantías jurisdiccionales. Estas reservas no solo suponen una descalificación de las decisiones penitenciarias consideradas *a priori* arbitrarias, sino también el cuestionamiento de todo el sistema penitenciario y los principios generales sobre los que se sustenta.

Esto requiere una breve reflexión sobre los peligros que conlleva defender que la ejecución es o puede ser correctivo de fallos judiciales que no cumplen las expectativas deseadas, bien cuando la decisión judicial se considera demasiado benévola o incluso una muestra de impunidad —y se espera que el rigor del cumplimiento impida cualquier atisbo de disfrute de mejoras penitenciarias—, bien cuando la decisión judicial se considera desproporcionada o injusta en la elección de la clase y duración de la pena impuesta —y se espera que su ejecución enmiende tal proceder con un diseño edulcorado de la forma de cumplimiento—.

Un ejemplo de ello han sido las discrepancias por motivos institucionales entre las propuestas de las Juntas de Tratamiento y las decisiones del Centro Directivo según el tipo de delito cometido, lo que en los últimos años es especialmente significativo en el caso de los delitos económicos y de corrupción política, problemática en la que confluyen el mayor proteccionismo institucional de estos delitos y la utilización judicial en sede de recurso de las expectativas de ejemplaridad social. En ambos casos se ignora que la base de las decisiones penitenciarias deben ser los aspectos personales relacionados con la reinserción social y no los preventivo generales de cohesión social. A título ilustrativo, cabe destacar que en el auto del JV de Valladolid, de 17 de noviembre de 2014, denegatorio del tercer grado en una condena por delitos económicos, se recogen, por un lado, las diferencias entre algunos componentes de la Junta de Tratamiento que, en sincronía con el propio Centro Directivo, asociaban la no peligrosidad al ingreso voluntario, la no previsión de repetición de los hechos y la buena relación familiar y social, y, por otro, las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal al rechazar el régimen abierto, asumidas por el propio juzgado de vigilancia, según las cuales la peligrosidad se asociaba a la alarma o rechazo social que generan los delitos económicos y el carácter retributivo y preventivo general del cumplimiento de la pena, aunque se tratara de una condena de corta duración.

Esta maniobra consistente en plasmar en el cumplimiento de la pena la falta de proporcionalidad expresada en la sentencia supone una intromisión inadmisible en los fines de la ejecución, tanto si por parte del Poder Judicial se refuerzan los obstáculos para el acceso al tercer grado para hacer valer argumentos de prevención general positiva y retribución (lo que también sucede en un momento anterior al enjuiciamiento cuando se rechaza por estos mismos motivos la suspensión de la ejecución de la pena) como si por parte de la Administración penitenciaria se diseña un modelo de ejecución con el único propósito de aminorar la dureza de la sentencia.

En el primer caso se olvida que la gravedad de los hechos la marca la pena imponible por el Código penal, mientras que en el segundo se confunde modalidad de cumplimiento con merecimiento de pena. En ambos supuesto se incurre en el error de priorizar los elementos objetivos —típicamente, los referentes a la gravedad de la pena— sobre los elementos individuales, más acordes con una concepción resocializadora de la ejecución.

Debe recordarse una vez más que la ejecución ha de guiarse por la prevención especial, orillando elementos retributivos o ejemplarizantes que solo sirven para desnaturalizar el sistema de individualización científica, lo que no significa que la Administración tenga una total libertad para decidir los espacios de libertad de los que puede gozar cada interno: es la naturaleza jurídica de cada figura penitenciaria la que debe orientar su concesión o denegación y el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos; si bien esto sigue dejando un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en sus decisiones, en ningún caso puede considerarse que ese margen es absoluto, dado el sometimiento de sus decisiones a la ley y al control judicial.

5.2. DISCRECIONALIDAD REGLADA COMO ALTERNATIVA A LA MANIPULACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Llegados a este punto, es pertinente señalar que el margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria se centra especialmente en las propuestas y las decisiones de los equipos técnicos y las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios y en su carácter no vinculante respecto a las decisiones que posteriormente toma el Centro Directivo. La razón de ello son los efectos que producen sobre la modalidad de cumplimiento de la condena y, en particular, en situaciones intrapenitenciarias que permiten avances tendentes a limitar la restricción de libertad como los permisos de salida y la clasificación en los distintos grados, ya que todos ellos son un claro ejemplo de la diversidad en las formas de cumplimiento. Hay que tener en cuenta que los informes y propuestas de los órganos penitenciarios son valorados tanto cuando se trata de materias que quedan bajo su propia competencia como cuando se trata de decisiones propias del juez de vigilancia que van a requerir previos informes dictados por esos órganos administrativos.

El interés que despierta el amplio campo de discrecionalidad de que goza la Administración en la fase de ejecución penitenciaria se debe a los riesgos de vulneración de diversos derechos fundamentales, entre ellos el principio de igualdad —por las diferenciaciones de trato injustificadas—, el principio de legalidad —por la incertidumbre de la forma de ejecución—, el principio de proporcionalidad —por las restricciones indebidas— y el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana —por el uso de criterios correctivos premiales más propios de una concepción expiatoria de la pena—. Por ello, desde sistemas de ejecución absolutamente abiertos se ha ido progresando hacia sistemas caracterizados por el reconocimiento reglado de derechos dentro de una adecuada cobertura legal.

El punto medio entre la arbitrariedad subjetiva y la rigidez objetiva es el modelo garantista de ejecución penitenciaria, es decir, aquel que, sobre la base de una rigurosa cobertura legal que tutele la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como reflejo de la orientación constitucionalmente prescrita a la reeducación y reinserción social, es capaz de reducir la incertidumbre y arbitrariedad de las decisiones que afecten a la libertad de movimientos, de manera que todo interno tenga la posibilidad de conocer con antelación las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, que su adopción se rija por criterios objetivos —y no solo discrecionales—, y que la adecuada motivación de las razones esgrimidas para su concesión o denegación permita ejercer el derecho que asiste a los internos de impugnar judicialmente toda decisión administrativa. De esta forma, entre el recurso a elementos retributivos aplicados por disposición automática de la ley y la absoluta discrecionalidad de la Administración en la configuración de la modalidad de cumplimiento penitenciario, un modelo mixto caracterizado por la objetividad de la cobertura legal y la individualización en su aplicación puede propiciar la compatibilización de la seguridad jurídica y la flexibilidad.

Ahora bien, no puede obviarse que una individualización extrema corre el riesgo de ser instrumentalizada para adoptar diferencias de trato de difícil justificación. Por eso, y

porque así lo exigen los principios de legalidad y de seguridad jurídica, la concesión individualizada de figuras penitenciarias que suponen mejoras en el cumplimiento de la pena de prisión debe plasmarse en decisiones motivadas, ya que es evidente que las diferentes circunstancias de cada interno provocan una aplicación no uniforme debido a la adaptación de las decisiones a cada supuesto de hecho, si bien, como se ha repetido, es inaceptable que no estén respaldadas por razones suficientes que justifiquen la adopción o la denegación de las figuras penitenciarias.

Puede parecer contradictorio defender una ejecución individualizada por su mayor acomodo al mandato constitucional y, al mismo tiempo, rechazar las diferencias de trato por su carácter discrecional. Sin embargo, en virtud del principio de igualdad y de humanidad en la ejecución, resulta necesario pulir las respuestas contradictorias ante supuestos semejantes. En este sentido, son tres los aspectos mejorables: en un primer nivel, sería deseable que la ley estipulara con mayor precisión y claridad los requisitos mínimos objetivos para el alcance de las figuras penitenciarias y el contorno en el que se puede mover la discrecionalidad administrativa; en segundo lugar, la propia Administración debería clarificar las reglas de aplicación utilizadas en la interpretación de las normas legales con criterios ajustados al enunciado constitucional, y, por último, las decisiones administrativas que carezcan de la necesaria motivación y justificación deberían ser sometidas a un escrupuloso procedimiento de revisión judicial.

Como consecuencia de todo lo dicho, debería desterrarse la creencia de que la concesión del tercer grado o cualquier otra modalidad de cumplimiento en semilibertad es un privilegio incompatible con la certeza de la condena, ya que se trata de una manifestación del derecho a la reeducación y reinserción social cuya finalidad es adaptar el modo de vida penitenciario a las necesidades tratamentales individuales de cada interno y evitar que la ejecución persiga la exacta correspondencia entre régimen penitenciario y tipo de delito o duración de la pena, una concepción asociada a los mecanismos estrictamente objetivos que ignoran las diversidad personales.

Esta exigencia de individualización en la ejecución penitenciaria no debe llevar a confundir discrecionalidad con arbitrariedad, ya que los actos discrecionales, a diferencia de los reglados, son aquellos que dejan un margen de libertad precisamente para garantizar una aplicación justa dentro del marco de legalidad cuando sean posibles distintas opciones de actuación —y ninguna de ellas sea obligatoria— o cuando no se concreten los medios necesarios para alcanzar fines tasados. En este sentido, discrecionalidad es exigencia de legalidad, lo que implica autorización legal y obligación de justificar los motivos de cualquier decisión que afecte al cumplimiento penitenciario. Por ello, es necesario que la ley delimite el marco de actuación de la Administración para que pueda valorar la respuesta penitenciaria más adecuada a las necesidades individuales de cada interno priorizando los criterios de valoración basados en su situación personal, familiar y social analizados desde una perspectiva objetiva, y dejando a un lado el recurso a la gravedad del delito, de la pena o a su ejemplaridad, criterios, estos últimos, ajenos a los objetivos penitenciarios.

De todo ello se puede inferir que la validación del margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria propio del sistema de individualización científica no está

en modo alguno reñida con la exigencia del cumplimiento de los requisitos legales, con la necesidad de motivar suficientemente las decisiones de los órganos administrativos y con la pertinencia de un ulterior control judicial que vele por la salvaguarda de los principios de la ejecución penitenciaria y no por otros ajenos a esta fase del proceso penal.

No hay que olvidar que el control judicial se ejerce sobre todos los actos de la Administración penitenciaria tanto estatal como autonómica como una garantía de legalidad mediante recurso de reforma ante el juez de vigilancia, el posterior recurso de apelación ante las audiencias provinciales —si se trata de materias de régimen como puedan ser los permisos de salida— o ante el tribunal sentenciador —si se trata de materias de cumplimiento como la clasificación penitenciaria—.

En definitiva, el cumplimiento penitenciario no es uniforme, las diferencias de trato deben estar justificadas y motivadas con criterios preventivo especiales y el control judicial debe garantizar el cumplimiento de la ley y de los principios constitucionales. Por ello, en la ejecución de la STS 459/2019 será determinante evaluar las razones aportadas por las autoridades penitenciarias para la clasificación acordada para los penados y su adecuación a las directrices generales de la ejecución penitenciaria si dicha clasificación es posteriormente recurrida por el Ministerio Fiscal y, en su caso, si las razones contempladas en la sentencia rechazando la necesidad de cumplir el periodo de seguridad se mantienen vigentes durante los recursos que se puedan plantear durante el cumplimiento de la pena, pero también si afloran nuevos argumentos ajenos a los principios y garantías penitenciarias.

NOTA

1. *Vid.*:<http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/instruccions_i_circulars/>.

BIBLIOGRAFÍA

Cervelló Donderis, V. *Derecho Penitenciario* 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

Cervelló Donderis, V. «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria» *ADPCP* Tomo LMXIX 2019.

Fernández Arevalo, L./Nistal Burón, J. *Derecho Penitenciario* 3ª Edición, Aranzadi, Navarra 2016.

Fuentes Osorio, J. L. «Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP» *In Dret* enero 2011.

Juanatey Dorado, C. «Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco». *Revista Penal* nº 40, julio 2017.

Larrauri Pijoan, E. «Se inventan sus leyes:¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida? *Jueces para la democracia* marzo 2019.

Martí Barrachina, M. «La ejecución del régimen penitenciario abierto» *CPC* nº 127, 2019.

Mata Martín, R. «Clasificación penitenciaria y régimen abierto» *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Dtora. R. de Vicente Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Navarro, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, nº 3, septiembre 2012.

Ríos, J. C./Etxebarria, X./Pascual, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel.* 2ª Ed Une, Madrid, 2018.
Solar Calvo, P. «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista» *Diario La Ley* nº 8912 1 de febrero de 2017.
Tamarit Sumalla. J. M. «El sistema penitenciario catalán: fundamento y ejercicio de la competencia» *Revista de estudios autonómicos y federales* nº 23, 2016.
Urías Martínez, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 63, 2001.
Van Zyl Smit, D./Snacken, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
PRESUMPTION OF INNOCENCE

Juan Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho penal
Universidad Jaume I de Castellón

RESUMEN

La Sentencia 459/2019, de 14 de octubre («Caso *procés*. Independencia de Cataluña») no pasará a la historia jurídica probablemente por sus decisiones procesales penales, aunque una parte muy importante de ella se haya dedicado al análisis de las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de los acusados, sino por su contenido sustantivo, es decir, por lo que ha decidido materialmente. Sin embargo, la única posibilidad que tienen las defensas de conseguir la nulidad del proceso es de naturaleza procesal. En este comentario de urgencia se analiza si una de las posibilidades, la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, puede ayudar a conseguir esa nulidad. Me parece que no. Aunque la violación alegada por las defensas se refiere a un hecho extraprocesal, la aplicación de la doctrina ya existente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, confirmada por la del Tribunal Constitucional español y la del propio Tribunal Supremo, hacen prácticamente imposible que pueda triunfar.

PALABRAS CLAVE

Proceso penal, enjuiciamiento de aforados, derechos fundamentales, presunción de inocencia.

ABSTRACT

The sentence 459/2019, 14th October (Case *procés*. Independence of Catalonia) will not go down in legal history probably by the criminal procedural decisions, although a very important part of it has focused on the analyses of the likely violations of fundamental rights of the accused people. If it did it, it would be by its substantive content, by that materially decided. However, the only possibility that the defense has to get the nullity of the trial has a procedural nature. In this urgent comment, we will analyze if one possibility, the likely violation of the presumption of innocence, can help to get this nullity. It seems to me it does not. Although the violation alleged by the defense refers to an extra-procedural fact, the current judicial doctrine of the European Court of Human Rights, confirmed by the Spanish Constitutional Court and the Supreme Court, make impossible it to triumph.

KEY WORDS

Criminal procedure, granted immunity, fundamental rights, presumption of innocence.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Juan Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho penal
Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. Introducción. 2. El tratamiento del principio de la presunción de inocencia en la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre. 2.1. La doctrina científica y la presunción de inocencia. 2.2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia ordinaria. 2.3. La opinión de nuestro Tribunal Constitucional. 2.4. El desarrollo en Europa. 2.5. La Sentencia 459/2019, de 14 de octubre («Caso *procés*. Independencia de Cataluña»). 3. Crítica dogmático-práctica. Notas.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo de España, como cualquier tribunal supremo del mundo, aplica el Derecho objetivo, la ley, resolviendo los conflictos que por reglas de competencia tiene atribuido. No se diferencia en nada del juez de paz del pueblo vecino que conocemos. La jurisdicción es la misma, ambos la tienen en toda su extensión, al igual que los demás juzgados y tribunales penales de España. En su aplicación de la ley, lo que se reparte es la competencia, atribuida genéricamente a cuatro órdenes jurisdiccionales, entre ellos el penal. La decisión, coherente, de nuestra legislación, en lo que a este comentario afecta, es que el Tribunal Supremo tenga la última palabra en la aplicación de la ley ordinaria, tanto sustantiva (penal) como procesal (penal) que ha sido respetuosa con la Constitución.

Aunque debe aplicar en sus resoluciones siempre la Constitución, que formalmente es ley, sus decisiones sobre nuestra magna carta pueden ser revisadas por un tribunal nacional distinto, especialmente previsto por nuestra Constitución y regulado fuera del Poder Judicial ordinario, el Tribunal Constitucional y, después, por uno o dos transnacionales, dependiendo del asunto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o los Tribunales de Justicia de la Unión Europea (cuya intervención en el orden penal es más difícil), órganos jurisdiccionales a los que España, en prueba fehaciente de la construcción democrática del Estado, ha cedido parte de su soberanía (judicial).

De momento, el enjuiciamiento de los líderes políticos que proclamaron unilateralmente la independencia de Cataluña convocando un referéndum ilegal está en fase de sentencia firme de condena dictada por la Sala II del Tribunal Supremo (Sentencia 459/2019, de 14 de octubre (*Tol 7515425*), «Caso *procés*. Independencia de Cataluña»). El TS no ha actuado, sin embargo, como órgano de casación, sino como única instancia, al estar aforados algunos de los acusados. Por eso, no hay previstos ni recurso de apelación ni recurso de casación, y la sentencia de única instancia es firme desde el momento en que se dicta.

Previsiblemente, los condenados querrán que el Tribunal Constitucional revise su caso en lo que respecta al el encaje constitucional del fallo, y, de no obtener la satisfacción deseada, que lo haga un tribunal transnacional, sin duda alguna el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Antes de recurrir ante el Tribunal Constitucional (el tribunal que no defiende ni a Cataluña ni a España, sino solo a la Constitución de 1978), la ley española obliga a los condenados a interponer un incidente de nulidad de actuaciones, pero, en mi modesta opinión y consciente de las inseguridades que todavía acechan al tema, solo si entienden que la sentencia ha cometido violaciones constitucionales nuevas —es decir, distintas a las denunciadas durante el desarrollo del proceso y resueltas por la Sala II del Tribunal Supremo, positiva o negativamente—, puesto que si no hay violaciones constitucionales nuevas en la Sentencia, la sentencia del Tribunal Supremo se habría limitado a reincidir en las mismas violaciones, por lo que el incidente sería superfluo y constituiría un obstáculo procesal no amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Para curarse en salud, todos los condenados han interpuesto el incidente, y estoy seguro de que ni el TS ni luego el TC se atreverán a afirmar, al decidirlo, que era innecesario, aunque eventualmente lo sea, y que, por tanto, el plazo para recurrir en amparo ha caducado.

Me corresponde analizar en este comentario de urgencia la corrección dogmática formal de la sentencia en los siguientes aspectos probatorios: dogmática probatoria penal, carga de la prueba, valoración de la prueba, indicios, presunción de inocencia e *in dubio pro reo* penales.

Evidentemente, expreso mi opinión con absoluto respeto a la decisión de la Sala II, que, como se verá en este escrito y como adelanto ahora, comparto en el tema que se me ha asignado mucho más allá de lo esencial.

Evidentemente, me fijo exclusivamente en los hechos objeto del proceso penal, sin atadura, inclinación, ni preferencia por ninguna de las partes ni por su ideología política, sea cual fuere su posición procesal y el sentido de las ideas defendidas por todos los intervinientes en el proceso y fuera de él. Soy y me siento libre, solo me vincula mi anhelo de interpretación rigurosa y científicamente correcta de la ley procesal, y como me siento capaz de seguir ese criterio, he aceptado el encargo, que agradezco tanto a la editorial Tirant lo Blanch como a mi querido amigo el prof. González Cussac, coordinador de esta sección monográfica.

En mi opinión, si esta sentencia causa polémica fuera del ámbito ideológico de los condenados, lo será más por cuestiones sustantivas que por cuestiones procesales. La discusión sobre si los hechos constituyen delito de rebelión o de sedición acapara prácticamente todos los ámbitos de lo opinable. No es, en verdad, un tema menor pues, aparte de cuestiones dogmáticas de gran trascendencia que afectan a los elementos esenciales del tipo (si hubo o no violencia, si el fin fue uno u otro, si ambos delitos se encuentran en relación de subsidiariedad expresa, etc.), solo la diferencia de años en la pena (10 exactamente en su tramo mayor)[1] justifica toda la tinta invertida en opinar sobre la cuestión.

Pero en donde no hay duda alguna para el Tribunal Supremo, una vez declarados los hechos probados en la Sentencia, ni para la inmensa mayoría de la doctrina penal, es en la existencia del delito de sedición, dado que nadie, salvo los implicados, defiende que el referéndum fuera legal, y mucho menos un ejercicio necesario de libertad democrática como consecuencia del derecho de autodeterminación; este no está reconocido en ninguna ley vigente en España. Probablemente sea opinable si la gravedad de las penas impuestas supera el canon de proporcionalidad al valorar la Sentencia el concepto de alzamiento tumultuario del tipo, pero no lo es que se ha cometido delito y que este, al menos, es el de sedición.

Tampoco hay ninguna duda respecto a la existencia del delito de malversación (pago de los actos independentistas con dinero público) en concurso medial con el delito de sedición ni respecto a la del delito de desobediencia, a la vista de todas las advertencias de los órganos judiciales más importantes de España, especialmente del Tribunal Constitucional. Incluso el expresidente de la Generalitat fugado declaró públicamente en TV que sabía que la Guardia Civil iba a ir a buscarlo y llevarlo ante el juez, y que este lo metería en la cárcel. Probablemente por eso huyó de España a un país más seguro para él. Quizás hubo también usurpación de funciones, pero este delito no fue objeto de acusación.

Procesalmente, se han cuestionado muchas cosas. Solo el Fundamento de Derecho A), dedicado a vulneraciones de derechos fundamentales, es de una inusitada extensión para una sentencia de nuestro más Alto Tribunal (17 apartados, 135 subapartados y casi 120 páginas de las 303 que en total tiene en el formato de TLO). En él se responde a las alegaciones de vulneraciones de los derechos al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva, al derecho al juez predeterminado por la ley, al derecho de defensa, al derecho al proceso con todas las garantías, a la integridad física y moral, etc. Las defensas han peleado también diversos aspectos de la prueba, uno de los cuales voy a tratar aquí.

No me sorprende en absoluto. Estudiados con objetividad los hechos, la condena parecía inevitable y así ha sido. Por tanto, la única tabla de salvación para los condenados está en el Derecho procesal, a saber, en conseguir la nulidad del proceso o de la sentencia. A la vista de cómo han transcurrido las cosas, la única posibilidad que tienen es, o bien conseguir el reconocimiento de una violación de un derecho fundamental de los condenados causante de nulidad procesal, o bien buscar una fisura en materia probatoria relacionada con la tutela de los derechos fundamentales de los condenados que conlleve también la nulidad de todo el proceso y, por tanto, su absolución directa.

Podríamos haber supuesto que en un caso así el Tribunal Supremo debería haber aprovechado la oportunidad para hacer un repaso general y ajustado de la dogmática probatoria procesal penal y de la doctrina jurisprudencial emanada de la práctica, de manera que no existiera ningún resquicio para cuestionar la verdad procesal y la certeza de los hechos y, en consecuencia, fundamentar plenamente la inexistencia de causas de nulidad procesal por este motivo.

Ello habría supuesto tratar al menos cuatro temas de lo que llamamos dogmática probatoria procesal penal, a saber, la carga de la prueba, la valoración de la prueba, los indicios y la presunción de inocencia. Pero los dos primeros no han sido tratados ni siquiera indirec-

tamente por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre. El tercero lo ha sido muy colateralmente y dando a indicio el significado más bien de sospecha. A la Sentencia del *procés* solo interesa la presunción de inocencia. A este tema me dedicaré, pues, resumiendo, dado el poco espacio concedido y la práctica imposibilidad de incluir notas a pie de página, la posición de la doctrina jurisprudencial y de la doctrina científica sobre ella. Finalmente, expresaré mi opinión sobre la cuestión.

2. EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA SENTENCIA 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE

Como acabo de indicar, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre [(*Tol 7515425*), «Caso *procés*. Independencia de Cataluña»] sí aborda la cuestión de la presunción de inocencia.

A efectos de que la crítica científica a su posición sea lo más fundada posible, ciñéndome exclusivamente al Derecho procesal penal español, debemos considerar qué ha dicho la doctrina científica sobre la presunción de inocencia, qué ha sostenido la jurisprudencia ordinaria española inferior al Tribunal Supremo, qué ha dicho nuestro Tribunal Constitucional y, finalmente, que ha dicho la propia Sentencia 459/2019. De esta manera tendremos muy clara las diversas opiniones y podremos comprobar mejor la corrección dogmática o no de la decisión.

2.1. LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una de las mayores conquistas de la Ilustración. Sin ella, no cabe duda de que hoy viviríamos bajo regímenes de terror y, probablemente, en un mundo en extinción.

El principio de presunción de inocencia consiste en considerar a todo ser humano inocente mientras no se pruebe lo contrario en un proceso penal sujeto a las leyes de la democracia. La evolución de la realidad práctica ha llevado a dotar a este principio de una enorme complejidad, con muchos detalles y matices, y a extenderlo a órdenes jurisdiccionales ajenos al penal, en unas ocasiones por decisión propia (en el proceso administrativo sancionador y en algún ámbito muy estricto de los procesos civil y laboral) y en otras porque lo exige la jurisprudencia europea.

La presunción de inocencia está reconocida en todos los textos internacionales y supranacionales que contienen disposiciones procesales y, por supuesto, también en nuestra Constitución (art. 24.2).

Todos creen en el principio, el problema es vigilar su respeto en la práctica y cortar por lo sano cualquier ataque que se produzca contra él. Se ha convertido en un principio completo, por un lado, debido a una cierta resistencia de la autoridad a aceptar su máximo nivel protección; por otro, porque va más allá de su concepto original y se reconoce no solo

fuera de su propio ámbito natural de aplicación, a saber, la sentencia, sino también fuera del propio proceso.

En su esencia más pura, la presunción de inocencia es una garantía constitucional del proceso penal, y también un derecho fundamental del acusado.

Téngase en cuenta que, cuando fue expresamente reconocido en el art. 24.2 de nuestra Constitución «el derecho a la presunción de inocencia», hasta entonces inexistente —aunque se intentó basar loablemente en el art. 741, I LECrim para evitar injusticias durante nuestros poco felices tiempos antidemocráticos de los siglos XIX y XX—, la doctrina científica tuvo un papel inicial importantísimo al tener que explicar el significado, el contenido y las consecuencias de tal declaración. Partiendo de la Ilustración y de la Revolución francesa, incluso filosóficamente de antes, el sustento dado por su reconocimiento en los países democráticos más importantes del mundo fue fundamental para su explicación, de manera tal que hoy la doctrina científica y la jurisprudencia españolas caminan a la par de las más avanzadas del mundo en la materia (países anglosajones, Alemania, Italia, Francia y Portugal).

Dicho esto, y volviendo a lo que ahora más importa, que sea una garantía revierte positivamente en diversos ámbitos de protección:

i) Si no existe al menos una prueba de cargo válidamente admitida y practicada en el proceso penal y considerada suficiente por el juez decisor en la motivación de su sentencia, no se enerva la presunción de inocencia y por tanto procede la absolución del acusado. Prueba de cargo es la practicada en el juicio oral, o en otro caso que tenga idéntico valor (las diligencias de investigación en algunos supuestos).

ii) Por ello, la falta absoluta de pruebas o la nulidad de todas las ofrecidas conlleva la aplicación de la presunción de inocencia.

iii) Como garantía constitucional, protege la validez constitucional y legal de la prueba, el derecho al silencio del acusado y el derecho a la no autoincriminación del mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

iv) No es una presunción y, por tanto, no opera como tal, sino una garantía constitucional y un derecho fundamental. El término «presunción» obedece a la comodidad de léxico del siglo XVIII. Por ello, la doctrina que entiende que debemos buscar y probar el hecho base o indicio es errónea, ya que ni existe ni se debe probar nada.

2.2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

La jurisprudencia ordinaria inferior a nuestro TS ha declarado en la S TSJ Madrid (Sec. 1ª, Jurado), 13/2004, de 5 de mayo (*Tol 496967*) que:

> «DECIMONOVENO. La doctrina del Tribunal Constitucional, y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia han supuesto el regreso a la concepción originaria y actual de la "convicción en conciencia" del juzgador, como resultado de la valoración libre de la prueba. Según el Tribunal Constitucional, el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y solo sobre los resultados de ésta

puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos. La moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia a la aplicación y vinculación del juzgador a las reglas del criterio racional, de la lógica, de los principios generales de la experiencia y al respeto a los derechos fundamentales y de la presunción de inocencia.

La doctrina especializada ha resaltado cómo, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, parte, ahora, como principio general, de la premisa de que la facultad revisora, que corresponde al Tribunal Supremo, se extiende a la comprobación de la racionalidad y la conformidad con las reglas de la experiencia de la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia. Sobre este principio se asienta la fiscalización, que el Tribunal Supremo ejerce, en relación con el engarce lógico entre los indicios y los hechos.

El Tribunal Supremo admite, en relación con la prueba, la fiscalización casacional de la conformidad de su valoración con las reglas de la lógica, de la experiencia, pero, en principio, solo en la medida en que no dependa de la inmediación y de la oralidad.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a ser presumido inocente, como regla de juicio del proceso, "determina una presunción, la denominada 'presunción de inocencia', con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el mencionado derecho significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y, que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación de los hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1986). En consecuencia, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, opera, en ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998).

La presunción de inocencia constituye uno de los principios claves de la Constitución Española y del Ordenamiento Jurídico Penal y Procesal Español. La doctrina especializada y el Tribunal Constitucional han elaborado distintas explicaciones teóricas en torno a la naturaleza de este principio.

VIGÉSIMO. El Tribunal Constitucional empezó configurando la presunción de inocencia como una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. (Sentencias del Tribunal Constitucional de 24-7-1981, 15.10-1982, 21-12-1983, 7-2-1984, 21-12-1985) También el Tribunal Supremo (Sala 2ª) configuró inicialmente el principio como presunción *iuris tantum* (Sentencias del Tribunal Supremo. Sala 2ª de lo Penal, de 11-1-1985; 23-4-1985; 23-12-1985; 4-2-1986; 6-11-1987; 14-12-1987). La Sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-1988 la califica como *iuris tantum*, que no exime a la parte acusada de realizar una actividad probatoria a su favor, cuando exista un mínimo de prueba en su contra. No obstante debe recordarse que la regla general es que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa.

Otro sector doctrinal y jurisprudencial configura la presunción de inocencia como "verdad interina" (Sentencias del Tribunal Supremo 30-5-1986; 6-2-1987; 15-3-1988; 29-6-1989 y 17-4-1991) en virtud de la cual el acusado de la comisión de un delito debe ser considerado inocente, mientras no se practique, con las debidas garantías procesales, una mínima actividad probatoria de cargo (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28-7-1981; 26-7-1982; 7-2-1984 y 21-10-1985). El Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio hermenéutico, aunque con matizaciones y atemperaciones (Sentencias del Tribunal Supremo 22-1-1986; 4-2-1986; 9-3-1988 y 30-1-1989), si bien, en ocasiones, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, utiliza el término "suficiente", en lugar del calificativo de "mínima" (Sentencias del Tribunal Supremo 12-9-1986 y 14-4-87).

La presunción de inocencia debe desvirtuarse a través de una actividad probatoria suficiente de signo incriminatorio, esto es, de cargo. La carencia absoluta de actividad probatoria de carácter incriminador impide condenar al acusado. En este caso concreto, sometido a conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la actividad probatoria de signo incriminatorio fue abundante y suficiente, acreditándose la existencia de numerosos indicios.

No se desvirtúa ni enerva el principio de presunción de inocencia cuando concurre "penuria probatoria" (Sentencia del Tribunal Supremo 1-6-1982), "total ausencia de prueba" (Sentencia del Tribunal Supremo 17-1-1986), "total vacío probatorio" (Sentencia del Tribunal Supremo 16-12-1986), "desolado y desértico vacío probatorio" (Sentencias del Tribunal Supremo 16-9-1985 y 18-5-1987), "completa inactividad probatoria" (Sentencia del Tribunal Supremo 18-3-1987).

La doctrina especializada destaca la doble dimensión del principio de presunción de inocencia: de una parte, como regla normativa vinculante de tratamiento del imputado, y de otra, como regla normativa probatoria y del proceso, debiendo absolverse al acusado en el caso de duda razonable.

El Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal) ha equiparado en ocasiones las denominaciones de presunción *iuris tantum* de inocencia y "verdad interina" (Sentencias del Tribunal Supremo de 2-4-1996 y 18-9-1997) conceptuando la presunción de inocencia como una "simple verdad interina de inculpabilidad", considerando esta expresión como correcta y resaltando que ha sido acogida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dándole carta de naturaleza jurisprudencial, aunque un sector doctrinal objeta que no denominaría nunca a la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado de "interina", por la idea de provisionalidad necesaria que sugiere.

La reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y un sector doctrinal minoritario, propugna un replanteamiento del principio de presunción de inocencia, restringiendo, alguno, su contenido y ámbito de aplicación a la imparcialidad judicial, que, en su opinión, constituye el núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia y segregando del mismo todas las cuestiones atinentes a la prueba, que deberán encontrar su acomodo en otros derechos fundamentales.

Aunque es cierto que existe en la práctica una tendencia a utilizar en exceso, sobre todo en vía de recurso, la presunción de inocencia, tratando de introducir argumentaciones y motivos de recurso, que nada tiene que ver con este derecho fundamental, una reducción tan drástica del principio podría plantear efectos perjudiciales, desde una perspectiva sociológico-jurídica e incluso metodológicamente, desvirtuando su naturaleza y carácter y minorando su virtualidad tutelar.

En todo caso, en este supuesto concreto sometido a conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha resultado enervada la presunción de inocencia, cualesquiera que sea la postura doctrinal o jurisprudencial que se adopte. Los indicios descritos en la Sentencia recurrida del Tribunal del Jurado, de 4 de diciembre de 2003, son suficientes, adecuados y razonables.

El Tribunal Supremo ha sintetizado la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: "como han señalado, entre otras muchas, las Sentencias 576/96, de 23-9; 590/96, de 16-9; 563/96, de 20-9 y 659/96, de 28-9, la presunción de inocencia presenta las siguientes características indicadas, en las Sentencias de este Tribunal 61/91, de 18-1; 119/95, de 6-2 y 833/95, de 3-7: a) El derecho fundamental a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Así resulta del art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10-12-48 ("toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"); del art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16-12-66, según el cual "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". De tales textos resulta la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado y así se declara en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional. —Sentencias, entre muchas, 31/81, 107/83, 17/84, 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y

34/96— como de esta Sala —por todas, la reciente 473/96, de 20-5; lo que es consecuencia de la norma contenida en el antiguo art. 1251 del Código Civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de *iuris tantum*. b) Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendiendo el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal —Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 9-5-89, 30-9-93 y 1684/94 de 30-9—. Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación —Sentencias del Tribunal Constitucional, entre varias, 195/93, y las en ella citadas)—. c) Solo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las condiciones siguientes: 1) Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente, conforme requiere el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2) Que se practique en el plenario o juicio oral o, en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción —Sentencias del Tribunal Constitucional 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y 34/96—. d) Supone en trance casacional (o en su caso de amparo constitucional), si se cumplen las anteriores exigencias, únicamente la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de los arts. 177.3 de la Constitución española y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: y así lo recuerda una copiosa doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Supremo 470/98 de 1-4).

La reciente jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo conceptúa la presunción de inocencia como una verdad, provisional o interina. El derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. El acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que puede permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas que acrediten su inocencia, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio del derecho que le asiste de hacerlo. Así resulta del artículo 24.2 de la Constitución española, y de los artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues, como resalta el Tribunal Supremo, "de tales textos no resulta solo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino además, el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo, suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal" (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 septiembre 1997).

[…]

VIGÉSIMOQUINTO. Aunque la doctrina especializada y la jurisprudencia se han servido de diferentes vías hermenéuticas para explicar la presunción de inocencia, la principal vertiente utilizada en la actualidad es como regla probatoria del juicio penal. La presunción de inocencia, en este sentido, puede considerarse como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Este es el significado que tiene la presunción de inocencia en el Sistema anglonorteamericano y en los países de su área cultural, y que también ha tenido una influencia innegable en el Sistema europeo codificado, a través de los textos internacionales y de forma concreta de los artículos 11 de la Declaración Universal

de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del 6.2 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma.

De lo anterior se deriva que, buena parte de las reglas generales de la prueba en el proceso penal, deben reputarse constitucionalizadas por el derecho, a la presunción de inocencia. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho a se presumido inocente, como regla de juicio del proceso, "determina una presunción, la denominada 'presunción de inocencia', con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el mencionado derecho significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1986).

En consecuencia, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, opera en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado, en la misma línea, que la presunción de inocencia "ampara como garantía constitucional todo el proceso a través de una estructura de verdad interina o provisional que aunque no se corresponde en propiedad con lo que, técnicamente, se entiende por "presunción", funciona como tal a través de un esquema que contiene un hecho-base o conocido por probado en proceso, unido por un enlace lógico o causal, a un denominado hecho consecuencia. Por ello, cualquiera que sea la denominación que se le asigne, el principio despliega su eficacia *iuris tantum* en el campo probatorio en favor del titular de tal derecho, que no es otro que todo aquel que se halla sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado […] solo será constitucionalmente legítima la condena del acusado si se basa en la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, que sea no solo suficiente sino que además guarde directa relación con los hechos fundamentales de la investigación; lo que presupone una actividad probatoria correcta, es decir, desarrollada con respecto a los principios constitucionales y procesales que le son inherentes, garantías a que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española" (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997).

VIGÉSIMOSEXTO. El derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. El acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que puede permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas que acrediten su inocencia, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio del derecho que le asiste de hacerlo. Así resulta del artículo 24.2 de la Constitución Española, y de los artículos 11.1 DUDH, 14.2 del PIDCP y 6.2 CEDH, pues, como recuerda el Tribunal Supremo, "de tales textos no resulta solo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino, además, el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo, suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997; en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1995 y 21 de marzo 1995).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1989, en relación con el principio de presunción de inocencia, declaró que: "en el seno del proceso penal, la traducción de tan presente y apreciada regla, estriba en considerar *ab initio* inocente al inculpado, traspasando a las partes acusadoras la carga aportada de aquellos elementos de prueba capaces de trocar ese planteamiento

inicial en un fundado y razonable veredicto culpabilístico; y ello de tal modo que, ante un vacío de aportaciones, ante cualquier fracaso en el suministro de factores o datos reveladores de la efectiva participación del encausado en el hecho criminal investigado, se impone su absolución, con independencia de la convicción íntima subyacente en el ánimo del juzgador […]"».

2.3. LA OPINIÓN DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional ha tratado el principio de la presunción de inocencia son incontables. Resumir su doctrina es, por ello, muy complejo y excede con mucho el espacio aquí concedido. Alguna sentencia lo ha intentado, pero sin éxito, dado que son muchos los matices, las variantes y los pequeños detalles a considerar. Me limitaré, por tanto, a lo esencial.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/1996, de 11 de marzo, dice en su FJ 3 lo siguiente:

«3. Se invoca también la presunción de inocencia, que guarda relación con el elemento más importante del tipo penal, la culpabilidad, configurada también como principio por esa importancia, elemento subjetivo que marca la frontera de la vindicta, aunque sea colectiva, con la justicia que comporta el Derecho penal como tal Derecho. Pues bien, un paso más en esa evolución, configurado —este sí— como uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, es aquel que proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Aun cuando no sea una creación *ex nihilo*, ya que inspiraba la entera estructura de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1881, ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su inclusión en el art. 24 de la Constitución, cuya interpretación —según indica el artículo 10 del mismo texto— ha de hacerse a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, como lo fue en 1979 el de Roma (1950), sin olvidar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York). Su lectura pone de manifiesto que el principio más arriba enunciado sintéticamente ofrece mayor complejidad si se observa que la presunción de inocencia solo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y predeterminado por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 de aquel Convenio).

Entre los múltiples aspectos de este concepto polifacético hay una, procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi,* con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1ª) la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos; 2ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción y 4ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Son palabras de nuestras SSTC 76/1990, 138/1992 y 102/1994.

[…] Este Tribunal Constitucional ha explicado, desde su STC 31/1981, que únicamente pueden darse por buenas las pruebas practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador, para conseguir así, en su caso, la convicción de este sobre los hechos

enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados. La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como este, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación de su autor, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado (SSTC 80/1986, 82/1988 y 137/1988)».

2.4. EL DESARROLLO EN EUROPA

En cuando a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[2], al amparo del artículo 6.2 CEDH, la doctrina establecida sobre la presunción de inocencia es la siguiente:

«2. Presunciones de hecho y de Derecho

202. El derecho de todo acusado a la presunción de inocencia y a que la acusación soporte la carga de probar las acusaciones formuladas contra él no es absoluto en un sistema jurídico que prevea presunciones de hecho o de derecho, que no están prohibidas, en principio, por el Convenio [*Falk vs. Países Bajos* (dec.)] sobre la imposición de una multa al propietario registrado de un coche que no era el verdadero conductor en el momento de la comisión de las infracciones de tráfico en cuestión). Los Estados contratantes pueden, en ciertas condiciones, penalizar un hecho material u objetivo considerado como tal, ya proceda o no de una intención delictiva o de una negligencia (*Salabiaku vs. Francia*, párrafo 27, sobre la presunción de responsabilidad penal por tráfico derivada de la posesión de estupefacientes; *Janosevic vs. Suecia*, párrafo 100, sobre la imposición de aumento de impuestos por razones objetivas y su aplicación antes de la decisión del juez). Dicho esto, el artículo 6.2 obliga a los Estados a utilizar estas presunciones dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad del caso y preservando los derechos de defensa (*Salabiaku vs. Francia*, párrafo 28; *Radio Francia y otros vs. Francia*, párrafo 24, sobre la presunción de responsabilidad penal de un director de una publicación por las declaraciones difamatorias en programas radiofónicos; *Klouvi vs. Francia*, párrafo 41, sobre la imposibilidad de defenderse contra una denuncia calumniosa porque la presunción legal de falsedad de una acusación contra un acusado absuelto por falta de pruebas era falsa). 38/69 © Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal)

203. Los Estados contratantes que recurran a presunciones en Derecho penal deben equilibrar la importancia del caso con los derechos de defensa; es decir, los medios deben ser razonablemente proporcionados a la finalidad legítima perseguida (*Janosevic vs. Suecia*, párrafo 101; *Falk vs. Países Bajos*).

3. Alcance del artículo 6.2 a.

En materia penal

204. El artículo 6.2 regula los procesos penales en su totalidad, con independencia del resultado de las actuaciones, y no el examen del fundamento de la acusación (véase, entre otros muchos precedentes solo, *Poncelet vs. Bélgica*, párrafo 50, *Minelli vs. Suiza*, párrafo 30; *Garycki vs. Polonia*, párrafo 68).

205. La presunción de inocencia no deja de aplicarse a la fase de apelación por el mero hecho de que el procedimiento en primera instancia conlleve la detención de la persona (*Konstas vs. Grecia*, párrafo 36).

206. Desde el momento en que se prueba debidamente que el acusado es culpable del delito, el artículo 6.2 no puede aplicarse respecto a los alegatos sobre la personalidad y el comportamiento del interesado en el marco del procedimiento de imposición de la pena, a menos que estas acusaciones sean de tal naturaleza y grado que se analicen como una nueva "acusación" en el sentido autónomo que posee esta noción en el marco del Convenio (*Phillips vs. Reino Unido*, párrafo 35; *Böhmer vs. Alemania*, párrafo 55; *Geerings vs. Países Bajos*, párrafo 43).

207. Dicho esto, el derecho de todo acusado a ser considerado inocente y a que la acusación soporte la carga de probar las acusaciones formuladas contra él se deriva de la noción general de proceso equitativo en el sentido del artículo 6.1, aplicable al procedimiento para dictar sentencia (*Phillips vs. Reino Unido*, párrafos 39-40; *Grayson y Barnham vs. Reino Unido*, párrafos 37 y 39).

b. Procedimientos posteriores

208. La presunción de inocencia también impide que las personas que han sido absueltas o a las que se les han retirado los cargos sean tratadas por los funcionarios o las autoridades públicas como si fueran de hecho culpables del delito que se les había imputado. Sin una protección destinada a que se respete en cualquier procedimiento ulterior una absolución o una decisión de retirada de cargos, las garantías del artículo 6.2 correrían el riesgo de convertirse en teóricas e ilusorias. Lo que también está en juego, tras la finalización de un proceso penal, es la reputación del interesado y la forma en que este es percibido por el público (*Allen vs. Reino Unido* [GS], párrafo 94).

209. Cada vez que se plantee la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.2 en un procedimiento posterior, el demandante debe demostrar la existencia de un vínculo entre el proceso penal concluido y la acción subsiguiente. Tal vinculación puede presentarse, por ejemplo, cuando la acción ulterior requiere el examen de los resultados del procedimiento penal y, en particular, cuando obliga a la jurisdicción correspondiente a analizar la sentencia penal, participar en un estudio o valorar los elementos de prueba vertidos en el proceso penal, hacer una apreciación de la participación del demandante en una o todas las circunstancias que han conducido a inculparlo, o a formular comentarios sobre los indicios que siguen apuntando a la posible culpabilidad del interesado (*Allen vs. Reino Unido* [GS], párrafo 104).

210. El Tribunal ya ha tenido que considerar la aplicabilidad del artículo 6.2 a resoluciones dictadas tras el término del procedimiento penal, particularmente en lo que se refiere a: 1. la obligación impuesta a un ex-acusado de asumir las costas judiciales y de instrucción; 1. una demanda de indemnización interpuesta por un ex-acusado relativa a una detención provisional o a cualquier otra circunstancia perjudicial del proceso penal; 2. una demanda formulada por un ex-acusado para que le devuelvan los gastos de su defensa; 3. una demanda de indemnización de un ex-acusado por los daños causados por una investigación o un procedimiento irregulares o abusivos; 4. la obligación civil de indemnizar a la víctima; 5. el rechazo de una acción civil presentada por el demandante contra una compañía de seguros; 6. el mantenimiento en vigor de una orden de internación de un niño, tras la decisión del Fiscal de no inculpar a los padres por maltrato; 7. cuestiones disciplinarias o de despido; y 8. la revocación del derecho del demandante a una vivienda social (véase *Allen vs. Reino Unido* [GS], párrafo 98 con muchas otras referencias).

4. Declaraciones perjudiciales

211. El artículo 6.2 del Convenio persigue evitar que se infrinja el derecho a un juicio penal equitativo por declaraciones negativas estrechamente relacionadas con el proceso. Si no hay un proceso penal en curso o no se ha iniciado, los comentarios que atribuyen a otra persona la res-

ponsabilidad de un delito u otra conducta impropia incumben más bien a la protección contra la difamación y al derecho a reclamar derechos civiles en los tribunales, y plantean problemas potenciales con respecto a los artículos 8 y 6 del Convenio (*Zollmann vs. Reino Unido*; *Ismoilov y otros vs. Rusia*, párrafo 160).

212. Hay una diferencia fundamental entre decir que alguien es simplemente sospechoso de haber cometido un delito y una declaración judicial inequívoca que establezca, antes de una condena definitiva, que la persona ha cometido el delito en cuestión (*Ismoilov y otros vs. Rusia*, párrafo 166; *Nešťák vs. Eslovaquia*, párrafo 89). En este último caso, se atenta contra la presunción de inocencia, mientras que el primero se ha considerado inobjetable en varios asuntos examinados por el Tribunal (véase *Garycki vs. Polonia*, párrafo 67).

213. La cuestión de saber si las palabras de un juez u otra autoridad pública socavan el principio de presunción de inocencia debe determinarse en el contexto de las circunstancias específicas en las que se han emitido dichas declaraciones (*Daktaras vs. Lituania*, párrafo 42; *A.L. vs. Alemania*, párrafo 31).

214. Las observaciones de los jueces están sometidas a controles más estrictos que las de las autoridades investigadoras (*Pandy vs. Bélgica*, párrafo 43).

215. La expresión de dudas sobre la inocencia del acusado es concebible siempre y cuando el proceso penal no haya dado lugar a una decisión sobre el fondo a favor de la acusación (*Sekanina vs. Austria*, párrafo 30). No obstante, en cuanto la absolución sea definitiva, la expresión de tales sospechas de culpabilidad es incompatible con la presunción de inocencia (*Rushiti vs. Austria*, párrafo 31; *O. vs. Noruega*, párrafo 39; *Geerings vs. Países Bajos*, párrafo 49; *Paraponiaris vs. Grecia*, párrafo 32).

5. Declaraciones de las autoridades judiciales

216. La presunción de inocencia se verá infringida si una decisión judicial refleja la opinión de que es culpable antes de que se hubiese probado legalmente su culpabilidad. Esto se aplica incluso en ausencia de cualquier declaración formal, bastando una motivación que dé a pensar que el juez considera al interesado como culpable (véase, jurisprudencia decisiva, *Minelli vs. Suiza*, párrafo 37, y, recientemente, *Nerattini vs. Grecia*, párrafo 23; *Didu vs. Rumanía*, párrafo 41). La expresión prematura de tal opinión por el propio tribunal viola claramente la presunción de inocencia (véase, como ejemplos recientes, *Nešťák vs. Eslovaquia*, párrafo 88; *Garycki vs. Polonia*, párrafo 66). 40/69 © Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal)

217. Lo que importa a efectos del artículo 6.2 es el sentido real de las declaraciones en cuestión y no su forma literal (*Lavents vs. Letonia*, párrafo 126).

218. El hecho de que el demandante haya sido juzgado definitivamente culpable no puede descartar su derecho inicial a ser considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada conforme a la ley (véase *Matijašević vs. Serbia*, párrafo 49; *Nešťák vs. Eslovaquia* párrafo 90, sobre decisiones para mantener la detención de los demandantes).

6. Declaraciones de funcionarios públicos

219. La presunción de inocencia puede ser violada no solo por un juez o un tribunal, sino también por otras autoridades públicas (*Allenet de Ribemont vs. Francia*, párrafo 36; *Daktaras vs. Lituania*, párrafo 42; *Petyo Petkov vs. Bulgaria*, párrafo. 91). El artículo 6.2 prohíbe cualquier declaración de un funcionario público sobre las investigaciones criminales en curso que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y que prejuzguen la apreciación de los hechos por parte de

la autoridad judicial competente (*Ismoilov y otros vs. Rusia*, párrafo 161; *Butkevičius vs. Lituania*, párrafo 53).

220. El artículo 6.2 no impide a las autoridades informar al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela que requiere el respeto a la presunción de inocencia (*Fatullayev vs. Azerbaiyán*, párrafo 159; *Allenet de Ribemont vs. Francia*, párrafo 38; *Garycki vs. Polonia*, párrafo 69).

221. El Tribunal insiste en la importancia de la elección de las palabras de los funcionarios públicos en sus declaraciones acerca de una persona que aún no ha sido juzgada y reconocida culpable de un delito penal (*Daktaras vs. Lituania*, párrafo 41; *Arrigo y Vella vs. Malta* (dec.); *Khoujine y otros vs. Rusia*, párrafo 94).

7. Campaña de prensa negativa

222. En una sociedad democrática, los comentarios severos de la prensa son inevitables sobre los asuntos que interesan al público [*Viorel Burzo vs. Rumanía*, párrafo 160; *Akay vs. Turquía* (dec.)].

223. No obstante, una campaña de prensa virulenta puede afectar a la imparcialidad de un proceso por influir en la opinión pública y, en consecuencia, en los jurados a la hora de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado (*Kuzmin vs. Rusia*, párrafo 62). Las inquietudes subjetivas del demandante en cuanto a la ausencia de prejuicios que se impone a un tribunal, por muy comprensibles que sean, no son el elemento decisivo: debe establecerse, antes de nada, si pueden justificarse objetivamente teniendo en cuenta las circunstancias del caso (véase *Włoch vs. Polonia* (dec.) *Daktaras vs. Lituania* (dec.), *Priebke vs. Italia* (dec.), y *Mustafa (Abu Hamza) vs. Reino Unido* (dec.), párrafos 37-40, sobre las repercusiones de los comunicados de prensa en la imparcialidad de un tribunal de primera instancia).

224. Los tribunales nacionales compuestos en su totalidad por jueces profesionales tienen en general, a diferencia de los miembros del jurado, la experiencia y la formación suficiente para que resistirse a cualquier influencia exterior (*Craxi vs. Italia* (no 1), párrafo 104; *Mircea vs. Rumanía*, párrafo 75).

225. La publicación de fotografías de los sospechosos no infringe por sí misma la presunción de inocencia (*Y. B. y otros vs. Turquía*, párrafo 47). La difusión de imágenes del sospechoso en televisión puede, en algunas circunstancias, plantear un problema en el ámbito del artículo 6.2 (*Rupa c. Rumanía* (no 1), párrafo 232).

8. Sanciones por no facilitar la información

226. La presunción de inocencia está estrechamente vinculada al derecho a no declarar contra sí mismo (*Heaney y McGuinness vs. Irlanda*, párrafo 40). 41/69 © Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal)

227. La obligación para los propietarios de vehículos de identificar al conductor en el momento en que se comete una infracción de tráfico no es incompatible con el artículo 6 del Convenio (*O'Halloran y Francis vs. Reino Unido* [GS]).

228. Obligar a los conductores a someterse a una prueba de aliento o a un análisis de sangre no es contrario al principio de presunción de inocencia (*Tirado Ortiz y Lozano Martin vs. España* (dec.)».

2.5. LA SENTENCIA 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE («CASO *PROCÉS*. INDEPENDENCIA DE CATALUÑA»)

Nuestra sentencia dedica el Fundamento Jurídico A) a resolver sobre las vulneraciones de los derechos fundamentales alegadas por los acusados. En concreto, en su número 9 trata la vulneración del derecho a la presunción de inocencia:

«II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[…]

9. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la Secretaria de Estado Dña. Antonia y otros líderes políticos (arts. 6.3 CEDH y 24 CE)
9.1. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se habría generado —a juicio de las defensas— por las manifestaciones hechas a la BBC por la entonces Secretaria de Estado Dña. Antonia. Con ocasión de una entrevista, ésta habría afirmado que el presente juicio sería un reto para el sistema judicial español, porque "[…] el hecho de que haya líderes políticos que han cometido delitos penales que estén siendo juzgados no es algo que ocurra habitualmente". La defensa del Sr. Alejandro añade la vulneración que habría estado originada por manifestaciones públicas de responsables políticos que debatían sobre el indulto cuando todavía no se había pronunciado ninguna condena. La defensa de la Sra. Adriana incluía entre quienes habrían vulnerado ese derecho, a lo largo de la fase de instrucción, a la entonces vicepresidenta del Gobierno, Dña. Ariadna y al exministro de justicia, D. Hernán. Ya en la fase intermedia, se habrían sumado a esa criminalización anticipada, presumiendo sentencias condenatorias cuando el juicio todavía no se había iniciado, la ministra de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Dña. Francisca, líderes políticos del grupo parlamentario de Ciudadanos, el presidente autonómico de Madrid y otros representantes políticos. Insistía en esta reclamación la defensa de los Sres. Ignacio y Luis, para quien la presunción de inocencia, como garantía fundamental del proceso penal, "[…] ha sido destruida a través de una campaña de criminalización de los investigados y posteriormente acusados, efectuada desde la posición oficial, institucional o de influencia política de distintos representantes del poder político, judicial, de la fiscalía, etc., ejercida además con la complicidad de una campaña mediática feroz".
La Sala no concluye la existencia de la vulneración que se denuncia.

9.2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no circunscribe la vigencia del principio de presunción de inocencia a los estrechos márgenes del proceso. En la sentencia Lizaso Azconobieta c. España, de 28 de junio 2008, razonaba el Tribunal de Estrasburgo que "[…] si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 62, serie A no 168), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (*Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, §§ 35-36, serie A nº 308; *Viorel Burzo c. Rumania*, números 75109/01 y 12639/02, § 156, 30 de junio de 2009; *Moullet c. Francia* (dec.), nº 27521/04, 13 de septiembre de 2007).
Además, el Tribunal precisa que una violación de la presunción de inocencia puede emanar no solo de un juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado (*Allenet de Ribemont c. Francia*, sentencia del 10 de febrero de 1995, § 36, serie A nº 308; *Daktaras c. Lituania*, nº 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) y personalidades públicas ["public officials"; *Butkevic ius c. Lituania*, nº 48297/99, § 53, CEDH 2002-II (extractos)].

Es verdad que el artículo 6 § 2 no impediría, al amparo del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia (*Allenet de Ribemont*, ya citada, § 38 y *Y. B. y otros c. Turquía*, números 48173/99 y 48319/99, § 47, 28 de octubre de 2004). Si el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y de comunicación conlleva el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, considera, sin embargo, que estos elementos deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad (*Y. B. y otros c. Turquía*, ya citada, § 49). El Tribunal subraya a este respecto la importancia de la elección de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y se haya reconocido culpable de una infracción.

Considera así que lo que importa a los fines de aplicación de la disposición precitada, es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su tenor literal (*Lavents c. Letonia*, nº 58442/00, § 126, 28 de noviembre de 2002). No obstante, la cuestión de si la declaración de un agente público constituye una violación del principio de presunción de inocencia debe ser analizada en el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada (ver particularmente *Adolf c. Austria*, sentencia del 26 de marzo de 1982, §§ 36-41, serie A nº 49). Hay que hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio (*Marziano c. Italia*, nº 45313/99, § 31, 28 de noviembre de 2002).

9.3. La jurisprudencia de esta Sala, en línea con la doctrina expuesta, no ha entendido el derecho a la presunción de inocencia como una regla interina, de limitada eficacia al espacio que es propio del juicio oral. Hemos reiterado en numerosos precedentes que el derecho a ser tenido como inocente es una regla de tratamiento que trasciende al proceso y que ha de insertarse en el concepto público hacia cualquier ciudadano cuya culpabilidad todavía no haya sido declarada en sentencia firme. Que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento, está fuera de dudas. Todo investigado o acusado en un proceso penal es inocente mientras no se declare por la autoridad judicial y de manera definitiva lo contrario. Y como tal ha de ser tenido (cfr. SSTS 14/2018, 16 de enero; 1066/2012, 28 de noviembre; 138/2019, 13 de marzo; 211/2019, 23 de abril y 272/2019, 29 de mayo, entre otros muchos precedentes).

En la reciente sentencia de esta Sala 344/2019, 4 de julio, referida a un supuesto de hecho que determinó un extraordinario debate político, social y mediático —con intenso eco en las redes sociales— sugeríamos la diferencia entre una dimensión procesal y extraprocesal del derecho a presunción de inocencia.

Se impone, por tanto, estar al alcance y al contenido concreto de esas declaraciones que se consideran vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia.

En el supuesto que nos ocupa, más allá del acierto o desacierto de esas manifestaciones, mal puede entenderse que menoscaba la repetida regla de tratamiento quien condiciona la existencia del delito al desarrollo del juicio ("[…] delitos penales que están siendo juzgados"). Esas palabras, torpes en su enunciado y en su expresión, lo que reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a tener el enjuiciamiento de unos líderes políticos. La opinión de quien así se expresa carece, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria que ha asumido esta Sala.

El debate sobre la procedencia de un indulto, cuando todavía ninguno de los acusados ha sido declarado culpable, es un elocuente ejemplo de falta de rigor y responsabilidad institucional. Pero está fuera de dudas que no es incompatible creer en la inocencia de cualquiera de los acusados y,

al propio tiempo, reivindicar el indulto para el caso en que esa inocencia no fuera judicialmente declarada.

Sea como fuere, esa anticipada e inaceptable afirmación de culpabilidad, compartida por no pocos representantes políticos, no ha tenido —no puede tener— ningún reflejo en el proceso de valoración probatoria que ha llevado a cabo esta Sala. Conviene marcar una nítida diferencia entre las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia que pueden originarse en el seno del proceso y aquellas otras vulneraciones sociales de la presunción de inocencia, entendida ahora como regla de tratamiento. En el primer caso, las consecuencias han de fijarse atendiendo a la gravedad que encierra un desbordamiento de los límites del Estado en la actuación del *ius puniendi*. En el segundo, la reparación en nada interfiere la legitimidad de la actuación jurisdiccional dirigida a la proclamación del juicio de autoría. El razonamiento de las defensas parece equiparar esas dos formas de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Unas declaraciones políticas que implicaran, por ejemplo, la torpe y anticipada afirmación de culpabilidad de quienes están siendo enjuiciados, nunca pueden acarrear como ineludible consecuencia la obligación del tribunal de interrumpir el enjuiciamiento y dictar sentencia absolutoria. Lo verdaderamente determinante es que la culpabilidad de los acusados sea el desenlace de una práctica probatoria desarrollada conforme a los principios constitucionales que enmarcan el ejercicio de la función jurisdiccional. Y esto es lo realmente acontecido en el presente juicio.

No existió la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia».

3. CRÍTICA DOGMÁTICO-PRÁCTICA

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta las aportaciones dogmáticas de la doctrina científica previas y coetáneas a la arrolladora jurisprudencia posterior, así como la doctrina jurisprudencial emanada en los tres niveles españoles (ordinaria —o inferior al TS—, TS y TC) más la sentada por el TEDH, en mi opinión la decisión de la Sentencia del *procés* en materia de presunción de inocencia es impecable.

Me apoyo en los siguientes razonamientos:

i) No hay cambio jurisprudencial en la materia. A pesar de la enorme trascendencia socio-política del caso, el TS no ve motivos para dejar de respetar y seguir su propia doctrina, la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de presunción de inocencia.

ii) La cuestión clave aquí, el matiz si se quiere, es que el acto vulnerador no se comete dentro del proceso penal, sino en unas declaraciones de un alto cargo político a un medio radiotelevisivo extranjero en las que, previamente a su enjuiciamiento, define a los investigados como «líderes políticos que han cometido delitos penales». Para las defensas se trataba de unas declaraciones vulneradoras de la presunción de inocencia porque anticipaban la criminalidad de los hechos y la responsabilidad penal de sus autores; en suma, anticipaban la condena sin juicio previo alguno. El acto vulnerador fue para las mismas una «campaña mediática feroz».

iii) En los albores de la fijación de los límites de la presunción de inocencia se habría tratado de un caso nuevo, pero afortunadamente para el TS, el TEDH se había ocupado ya

de la vigencia de principio de presunción de inocencia más allá de los estrechos márgenes del proceso penal. La doctrina sentada era, partiendo de este reconocimiento, la siguiente:

iii-a) El alcance de la presunción de inocencia exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal.

iii-b) Una violación de la presunción de inocencia puede emanar no solo de un juez o de un tribunal, sino también de otros agentes del Estado.

iii-c) El artículo 6.2 no impide, al amparo del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia, es decir, con expresiones exentas de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad.

iii-d) Dicho esto, lo que importa es el sentido real de las declaraciones en cuestión, no su tenor literal, analizando el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada, distinguiendo entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulnerarían la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio.

iv) El TS español reconoce indubitadamente desde hace tiempo que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento.

v) En el supuesto que nos ocupa, más allá del acierto o el desacierto de esas manifestaciones (verdaderamente, estas fueron una torpeza), mal puede entenderse que menoscaba la repetida regla de tratamiento quien condiciona la existencia del delito al desarrollo del juicio («[…] delitos penales que están siendo juzgados»), pues lo que reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a constituir el enjuiciamiento de unos líderes políticos.

vi) Y concluye: la opinión del alto cargo político carece, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria que ha asumido el TS. Lo que realmente ha sucedido es que las defensas han confundido una violación de la presunción de inocencia cometida dentro del proceso y una violación de la presunción de inocencia cometida fuera del mismo, creyendo que ambas eran equiparables y tenían el mismo valor.

Por tanto, el respeto a la doctrina del TEDH recogida *supra* (apartado 2.4), punto «6. Declaraciones de funcionarios públicos», es prácticamente literal. También el respeto a su propia doctrina y a la del TC, pues no vio elemento alguno para modificarla, derogarla o ampliarla.

Dos reflexiones acuden a mi mente ahora:

A) Obsérvese que el razonamiento del TS coincide con el anhelo de reforzar el valor del juicio oral a la hora de determinar la culpabilidad del acusado. Resalto este tema porque hoy en día nuestro proceso penal va por otro camino en muchos asuntos que no son menos graves o leves, sino graves o muy graves, por ejemplo, en la evitación del juicio oral, lo que

es especialmente sangrante respecto a la prueba, dado que incrementa las posibilidades del principio de oportunidad en la ley y en la realidad práctica.

El TS destaca, al contrario, su gran valor cuando afirma: «Lo verdaderamente determinante es que la culpabilidad de los acusados sea el desenlace de una práctica probatoria desarrollada conforme a los principios constitucionales que enmarcan el ejercicio de la función jurisdiccional». Y ello únicamente puede ocurrir en el juicio oral, desarrollado conforme a los parámetros constitucionales (principio de contradicción, en particular el derecho de defensa incardinado en él, y los principios de oralidad, inmediación y publicidad, así como los ordinarios en vigor).

Este es el valioso concepto que encierra en su interior el principio de la presunción de inocencia: que obliga a la acusación a probar, de manera suficiente e idónea, mediante actividad desarrollada en el juicio oral, que su pretensión incriminatoria está fundada. El hecho de que exista alguna excepción, motivada por la pura racionalidad (diligencias de investigación, prueba preconstituida, prueba transnacional, etc.), no empece a este excelso valor.

Con ello, el reconocimiento del principio de la presunción de inocencia realza el valor del juicio oral. Si ello no fuera así, cualquier incidente externo al proceso pondría en peligro la necesidad de probar la culpabilidad de una persona. Por eso, tanto el TEDH como el TC se afirman claramente: «Unas declaraciones políticas que implicaran, por ejemplo, la torpe y anticipada afirmación de culpabilidad de quienes están siendo enjuiciados, nunca pueden acarrear como ineludible consecuencia la obligación del tribunal de interrumpir el enjuiciamiento y dictar sentencia absolutoria». Me parece irrefutable, pues en otro caso no habría justicia, sino política sin control.

B) Hay una segunda cuestión que el TS no ha abordado en relación con este tema que quizás habría reforzado más la certera decisión que adoptó. Me refiero al valor probatorio de constataciones externas de hechos realizadas en forma indirecta, circunstancial o indiciaria, que acaba siendo irrefutable y mucho más contundente que la prueba usual que en un proceso penal puede practicarse: la declaración de un testigo presencial, por ejemplo, incluso puede que más que la declaración de un perito. Estamos ante un desarrollo tal de las tecnologías que parece evidente no poder desmentir lo irrefutable. Hoy el test de ADN, por ejemplo, que suele partir de indicios, no es una prueba directa, sino circunstancial (prueba de corroboración). Demuestra si dos vestigios, retos o huellas humanas tienen el mismo valor genético, pero no prueba que el sujeto cuyo ADN se compara sea el autor del delito. Pero si el ADN de esa persona da negativo, ¿qué juez, a pesar de ello, la condenaría sabiendo que su fiabilidad en este caso es del 100%? Ninguno: todos la descartarían segmento suprimible. Así, indicios, pruebas circunstanciales o de corroboración se convierten hoy en infalibles.

Algo parecido sucede con la televisión cuando lo que graba sin autorización judicial previa o casualmente sirve después indiciariamente en una causa penal. Si en una manifestación en la que se producen hechos violentos se graban imágenes en las que se ve encima de un coche de la policía destrozado, a dos dirigentes importantes del movimiento inde-

pendentista catalán, no vemos que hayan dañado el coche ni que hayan causado los graves disturbios que en esos momentos se estaban produciendo. Pero es obvio que, aplicando al indicio (la grabación) una máxima de la experiencia, algo tuvieron que ver, que al menos lo consintieron, y que, siendo dirigentes de esos movimientos, mucho más allá: lo aprobaron.

Alegar en el juicio que la TV vulneró su presunción de inocencia porque al ver esas imágenes un alto cargo político les atribuye responsabilidad criminal, dentro de los términos respetuosos amparados por la doctrina jurisprudencial que acabamos de ver, es solo una estrategia de defensa carente de fundamento alguno, porque la fiabilidad probatoria de las imágenes es muy superior a la fiabilidad de la declaración de los testigos que presenciaron los hechos, es del 100%.

Por ello, en mi modesta opinión, incluso en el caso de que la declaración del responsable político fuera bastante torpe, dado que afirmó anticipadamente la culpabilidad de quienes estaban siendo enjuiciados, tampoco podría deducirse en ningún caso que la prueba está viciada y que, por tanto, lo que procedería es dictar sentencia absolutoria, ya que la fiabilidad del indicio (las imágenes grabadas por la televisión) exponen por sí mismas deductivamente la verdadera realidad, opine quien opine fuera del contexto judicial.

Solo exigiría nuestro Estado garantista, cuya fortaleza deseo que disfruten los nietos de los nietos de mis nietos, que las imágenes se visionaran contradictoriamente en el juicio oral, en el que podría discutirse incluso su autenticidad, para ganar así el estado de prueba de cargo y enervar la presunción de inocencia.

Por eso, de manera muy acertada, el Tribunal presidido por el Excmo. Sr. Dr. D. Manuel Marchena Gómez nunca lo puso en discusión, por eso el proceso siguió adelante y por eso hubo juicio oral en donde se practicó la prueba de cargo. En otras palabras, se dijo adiós a la presunción de inocencia.

NOTAS

1. La rebelión llega hasta los 25 años de prisión si no es armada o sin combates (art. 472 CP); la sedición hasta los 15 años de prisión (art. 544 CP).

2. Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014): *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo (parte penal, punto V. Garantías específicas A. La presunción de inocencia, artículo 6.2)*. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf.>. La versión inglesa está actualizada a fecha 31 de agosto de 2019. La española está disponible en: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf, solo llega hasta 2014>.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LOS CONDENADOS DEL *PROCÉS*
PRE-TRIAL DETENTION OF THE CONVICTS OF THE *PROCÉS*

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Examen de las diferentes resoluciones judiciales adoptadas durante la instrucción en materia de prisión provisional. Considerada que, dada su naturaleza cautelar, debe ponerse un especial énfasis en la afectación de derechos fundamentales, singularmente en el derecho de participación política. Concurrencia de indicios suficientes de comisión de delitos y de la responsabilidad de los encausados. Valoración de su motivación por riesgo de fuga, riesgo de destrucción de pruebas y riesgo de reiteración delictiva. No se considera aceptable una solución puramente formalista, ya el TJUE ha resuelto que el Sr. Junqueras goza del privilegio de la inmunidad por lo que el cumplimiento efectivo de esta resolución debe suponer su excarcelación.

PALABRAS CLAVE

Prisión provisional, riesgo de fuga, riesgo de destrucción de pruebas, riesgo de reiteración delictiva, ejercicio de del derecho de participación política, inmunidad parlamentaria.

ABSTRACT

Review of the different judicial decisions adopted during the pre-trial phase in terms of pre-trial detention. Considered the precautionary character of this measure, a special emphasis should be put on the possibility of the violation of some fundamental rights, particularly the right to political participation. There is enough evidence of the commission of crimes and the responsibility of the prosecuted. Assessment of the justification regarding the risk of flight, the risk of destruction of evidences and the risk of reiteration of the criminal acts. A strictly formalist solution is not considered acceptable, due to the decision of the EJC ruling case concerning the immunity of Mr. Junqueras, whose effective implementation requires his release.

KEY WORDS

Pre-trial detention, risk of fligh, risk of destruction of evidences, risk of reiteration of the criminal acts, realization of the right of political participation, parliamentary immunity.

LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LOS CONDENADOS DEL *PROCÉS*

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación
Universidad Carlos III de Madrid

1. LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE EL PROCEDIMIENTO DEL PROCÉS

Aun cuando la Sentencia del TS 459/2019, de 14 de octubre, solamente señala en su FD G), y último, que: «Conforme dispone el art. 58 del CP, será de abono el tiempo de prisión preventiva padecido, en su caso, en la forma prevista en el art. 59 del mismo texto legal, en equivalencia que se fijará en ejecución de sentencia», la situación de privación de libertad de la mayoría de los acusados a lo largo de todo el procedimiento ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte del instructor del Tribunal Supremo, de la Sala de Recursos de la Sala Penal del mismo Tribunal (en adelante, Sala de Recursos) y de la Sala de enjuiciamiento que ha dictado la sentencia definitiva.

En este procedimiento penal, seguido ante el Tribunal Supremo por razón del aforamiento de varios de los acusados, se han dictado numerosas providencias y autos a lo largo de los casi dos años en los que se han desarrollado las actuaciones judiciales. Sin perjuicio de las resoluciones dictadas por otros tribunales que afectaban a algunos de los acusados, y tomando en consideración solamente las emitidas por la Sala de lo Penal del Alto Tribunal, en esta Causa especial (20907/2017) ha dictado bastante más de 200 autos, que resoluciones fundadas en derecho hubieron de pronunciarse sobre cuestiones bien diversas —desde fianzas y personaciones de algunas acusaciones hasta solicitudes de modificación de medidas cautelares—, reiteradas luego por vía de recurso de reforma o

de súplica, recurridas después a través de sucesivas apelaciones ante la Sala de Recursos y más adelante reproducidas con diferentes argumentos ante la Sala de enjuiciamiento, alzándose singularmente contra la prisión provisional que se había decretado para la mayoría de los acusados.

Antes de que esta Causa especial en el TS se abriera con motivo de una querella interpuesta por la Fiscalía General del Estado el 30 de octubre de 2017 contra la presidenta y los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña, el Juzgado Central de Instrucción nº. 3 de la Audiencia Nacional había incoado las Diligencias previas 82/2017, en el curso de las cuales decretó el 16 de octubre de 2017 la prisión incondicional para los Sres. Cuixart y Sánchez.

En este procedimiento en la Audiencia Nacional, el 2 de noviembre de 2017 se acordó igualmente la medida de prisión provisional incondicional por los delitos de rebelión, sedición y malversación para el exvicepresidente y varios exconsejeros de la Generalitat cesados por la aplicación del art. 155 de la CE: los Sres. Junqueras, Romeva, Mundó, Turull, Rull, Forn y la Sras. Bassa y Borràs.

Las Diligencias previas de la Audiencia Nacional se acumulan a la Causa especial del TS 20907/2017 por ATS de 24 de noviembre de 2017, que acordó reclamar del Juzgado Central de Instrucción nº. 3 las actuaciones obrantes en aquellas Diligencias previas 82/2017, ampliando el espacio subjetivo de investigación en el TS.

Después de haber prestado declaración ante el instructor del TS, el 4 de diciembre de 2017 se decretó la libertad bajo fianza para seis de los miembros del Gobierno catalán encarcelados: los Sres. Romeva, Mundó, Turull, Rull y las Sras. Borràs y Bassa. Quedaron en prisión los Sres. Junqueras, Forn, Cuixart y Sánchez.

Tras el Auto de procesamiento, el 23 de marzo el instructor del TS volvió a ordenar la prisión incondicional de varios investigados que se encontraban en libertad: los Sres. Turull, Romeva, Rull y las Sras. Forcadell y Bassa.

La verdad es que la situación de prisión provisional de los investigados ha sido amplia y reiteradamente discutida a lo largo de esta instrucción. Se han producido recursos y peticiones que, por ejemplo en el caso de Junqueras, cuya privación de libertad se acordó el 2 de noviembre de 2017, ha sido objeto de reexamen en las resoluciones de 8 de noviembre de 2017, 5 de enero de 2018, 26 de julio de 2018, 28 de septiembre de 2018, 25 de enero de 2019, 11 de abril de 2019 y 14 de mayo de 2019.

De los doce acusados en esta Causa especial, nueve de ellos (Junqueras, Romeva, Bassa, Turull, Forcadell, Rull, Sánchez, Cuixart y Forn) se encontraban en prisión provisional meses antes de la celebración del plenario, y en esa situación procesal se mantuvieron durante todas las sesiones del juicio, mientras que tres (Vila, Borràs y Mundó) asistieron a las mismas en situación de libertad.

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INVESTIGADOS

Sin duda, la privación de libertad durante el procedimiento penal es la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria del presunto responsable mediante su ingreso en un centro penitenciario mientras se está sustanciando un proceso penal.

Puede decirse que la prisión provisional se sitúa en el «campo de tensión» entre dos deberes de Estado: el deber de perseguir eficazmente el delito y el deber de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano.

Es una medida materialmente idéntica a la pena más grave de las previstas en el catálogo penológico de nuestro sistema represivo porque con ella se le priva al investigado de su libertad de movimientos durante todo el curso del procedimiento, o durante una parte de él, sometiéndolo al régimen de vida ordinario del centro de reclusión donde ingrese, aun cuando su internamiento no está orientado a su reeducación y reinserción social, sino exclusivamente a que quede a disposición del tribunal.

Esta medida se adopta cuando todavía no ha recaído en el procedimiento una sentencia firme condenatoria. Por lo tanto, el investigado se encuentra amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia. La situación puede parecer, a todas luces, contradictoria o irrazonable, pues mientras se proclama que la persona es inocente y debe ser tratada como tal se le está privando de la libertad, exactamente como si ya hubiera sido condenado. Esta aparente paradoja solamente se puede salvar desde la consideración de la prisión provisional como una medida cautelar que viene exigida en el caso concreto por el propio proceso penal y cuya exclusiva finalidad es facilitar el desarrollo del mismo.

La naturaleza cautelar de la prisión provisional es lo que exige que, para que pueda ordenarse válidamente, se cumplan ciertos requisitos y que la medida responda solamente a unas finalidades concretas, de modo que esa prematura pérdida del derecho a la libertad encaje en la Constitución. En este sentido, resulta necesario tomar en consideración los parámetros de necesidad y de menor onerosidad propios de todas las medidas cautelares, dado que se adoptan cuando no hay una resolución judicial firme y que, en el proceso penal, el investigado está constitucionalmente amparado por la presunción de inocencia.

La garantía de la presunción de inocencia, que opera no solo como regla de juicio, sino también como regla de tratamiento (durante la sustanciación del procedimiento ha de tratarse como inocente a quien no ha sido condenado), exige que para, adoptar válidamente una medida que limite o prive al ciudadano de sus derechos «como si fuera culpable» es imprescindible contar con elementos suficientes (*fumus boni iuris*) y, además, que tal medida responda a exigencias específicas del proceso (*periculum in mora*), rechazando que cualquier otra finalidad pueda justificar la prisión provisional.

Como ha subrayado el TC, no puede pretenderse que la prisión provisional se exceda de lo que autoriza el respeto del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, que puede ceder en ciertos casos en favor de la eficaz persecución de los delitos.

La prisión provisional procederá, pues, cuando solo mediante su adopción pueda garantizarse el normal desarrollo del procedimiento penal (bien para evitar que el investigado pueda entorpecer la investigación, bien para garantizar su presencia física en todas las actuaciones, especialmente en el juicio oral) y, además, sea posible la ejecución de la pena de prisión que eventualmente llegara a imponerse (STC 35/2007). Cualquier otra finalidad que pretenda atribuirse a la prisión provisional excedería los límites y de los objetivos que le son propios.

Sin duda, el adecuado desarrollo del procedimiento penal debe considerarse como un valor constitucional digno de protección. Se trata de un elemento esencial de la justicia criminal, es decir, de la respuesta estatal frente a la delincuencia, pues en un Estado Derecho no puede determinarse la existencia de delitos, la responsabilidad de los partícipes y la pena que deban cumplir sin un previo proceso penal justo.

Sin embargo, el objetivo de la realización de la justicia penal, que puede aconsejar la privación o la limitación de algunos derechos fundamentales, encuentra a su vez límites en la Constitución y en las leyes porque no es un valor absoluto; ha de estar modulado y justificado en el caso concreto por otros valores y principios, y debe cumplir las exigencias legales, pues precisamente la obediencia a las garantías constituye la legitimación de la propia justicia criminal.

De la misma manera que la jurisprudencia constitucional ha entendido con acierto que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten modulaciones de acuerdo con su regulación legal y con la aplicación de principios que se desprenden de la propia Constitución —entre ellos el de proporcionalidad—, hay que considerar que la realización de la justicia penal tampoco puede pasar por encima de cualquier derecho fundamental o de cualquier principio constitucional. Precisamente en atención al principio de proporcionalidad se sostiene que en el curso de un proceso penal no cabe ordenar la privación de libertad cuando la conducta que se juzga no esté castigada con pena de prisión (así, el art. 495 de la LECrim dispone que «no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle»).

La prisión provisional incide de forma más inmediata y general en el derecho a la libertad de la persona contra quien se decreta. La medida afecta, obviamente, al ejercicio del **derecho fundamental a la libertad** ambulatoria reconocido en el art. 17 CE, puesto que la reclusión del afectado en un centro penitenciario le impide moverse por donde quiera y no le permite realizar las actividades que, de acuerdo con su propia voluntad, quiera desarrollar.

Pues bien, en la ponderación de los derechos fundamentales el derecho a la libertad individual merece una especial protección, ya que es la base para el ejercicio del resto de las libertades fundamentales y solo será legítimo que ceda en supuestos excepcionales. Por

eso, el art. 502.2 LECrim dispone que solo se adoptará esta medida *cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas* para el derecho a la libertad a partir de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Por más que la Constitución se limite a disponer que «[…] por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional» (art. 17.4 *in fine*), no es constitucionalmente indiferente, ni mucho menos, la finalidad que pretenda lograrse con la prisión provisional. No basta solo que la ley establezca un plazo máximo de duración, dado que no sería legítimo perseguir cualquier finalidad que el legislador considerase oportuna.

Es importante dejar sentado que, en vía de principio, la prisión provisional se regula en la ley procesal como una medida cautelar; es decir, se trata de una medida concebida para garantizar que el proceso penal se puede desarrollar, y que lo hará con normalidad, evitando trabas, dilaciones o suspensiones que puedan incluso impedir que se dicte la sentencia.

El ordenamiento jurídico no permite que se frustre el bien jurídico de la realización de la justicia penal, y pretende que los órganos jurisdiccionales penales investiguen y resuelvan sobre la existencia de un delito e impongan la correspondiente sanción; frente a las legítimas maniobras del investigado para evitar la condena —desde intentar sustraerse la justicia hasta intentar destruir, ocultar o manipular pruebas—, la ley establece medidas correctoras de esas posibles actividades, que pueden llegar hasta la privación de la libertad del sometido al procedimiento penal.

Al propio tiempo, la pérdida de la libertad puede incidir de manera directa en otros derechos que, debido a su encarcelamiento, el individuo sometido a la prisión provisional se ve impedido de ejercitar como consecuencia de la medida cautelar. Uno de los derechos cuyo ejercicio puede verse afectado directa o indirectamente es el **derecho de participación política** del art. 23 CE cuando un candidato ya ha sido elegido, en la medida en que la actividad política se realiza fundamentalmente en la sede de un órgano legislativo determinado y requiere su presencia.

Este derecho fundamental tiene una **vertiente subjetiva** para el elegido: acceder la función parlamentaria con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), es decir, un derecho de acceso a los cargos representativos que, como afirma en STC 155/2019 de 28 de noviembre (FJ 15 A a), implica necesariamente el derecho a «[…]mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley sin constricciones o perturbaciones ilegítimas de todas aquellas facultades que pudieran considerarse pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno [SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 71/1994, FJ 6; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 b); 11/2017, de 10 de enero, FJ 3 a); y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 a)]».

Esta vertiente subjetiva no consagra un derecho absoluto, pues se puede se puede ver afectada por limitaciones o restricciones legislativas: desde las explícitas condiciones de elegibilidad hasta otras limitaciones implícitas, siempre que persigan un objetivo legítimo, que no sean desproporcionados, que se abra una vía de recurso y que se ponderen los intereses del sometido a la medida y los de la sociedad, así como el correcto desarrollo de

la justicia (STEDH, de 20 de noviembre de 2018, caso *Demirtas vs. Turquía*). Dentro de estas limitaciones se encuentra la prisión provisional, siempre que se acuerde respetando todas las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

El derecho de participación política tiene también una **dimensión institucional** que corresponde a todos los ciudadanos: participar en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE). La justificación de la limitación —a través de la prisión provisional— del derecho de representación política, especialmente del ejercicio del derecho colectivo de los ciudadanos a intervenir en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos, que es la esencia y el sentido de la democracia representativa, encuentra si cabe muchos más impedimentos.

Por lo tanto, la justificación de la necesidad de la medida («[…] cuando objetivamente sea necesaria», dice el art. 502.2 LECrim), y de su menor onerosidad («[…] cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad» con las que puedan alcanzarse los mismos fines, dispone el mismo precepto) debe ser especialmente intensa si con la prisión provisional resulta afectado no solo el derecho a la libertad, lo que sucede por definición en todos los casos, sino también el derecho de representación política cuando la persona contra la que se acuerda hubiera obtenido la confianza de los ciudadanos y hubiera sido proclamado electo.

Podría argumentarse que la prisión provisional también limita o restringe **otros derechos fundamentales** como el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), el derecho a la igualdad de armas o al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) o el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Si bien es cierto que la preparación de las actuaciones defensivas queda de algún modo afectada si el acusado se encuentra en prisión porque este no puede disponer de las mismas oportunidades que si estuviera en libertad, estas diferencias no inhabilitan radicalmente la prisión provisional, siempre que esta se encuentre debidamente justificada, pues la limitación en la preparación de la defensa puede suplirse con otras medidas aun dentro del centro penitenciario.

No es preciso reiterar que la prisión provisional provoca una tensión y una contradicción entre la pérdida de la libertad y la presunción de inocencia, pero hay que reconocer que este «mal necesario» de la privación de libertad durante el proceso impone por su propia naturaleza que las situación de los acusados que se hallan en libertad y la de aquellos otros que están en prisión sean diferentes, lo cual no impide ni hace claudicar el ejercicio del derecho de defensa.

Así lo entendió la Sala de enjuiciamiento del TS en el presente caso cuando diferentes acusados plantearon esta cuestión (AATS de 28 de septiembre de 2018, reproducido en los posteriores de 10 de diciembre de 2018, 14 de enero de 2019). El TS señaló que tampoco se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues los acusados pueden sentarse en el juicio junto a sus abogados, garantizándose así «[…]una comunicación fluida y permanente durante todo su desarrollo», y en los recesos y en el tiempo de la comida pueden entrevistarse libremente con ellos (ATS de 11 de abril de 2019).

3. LOS RAZONABLES INDICIOS DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD

Los dos presupuestos generalmente asumidos para sustentar cualquier medida cautelar son la apariencia de buen Derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo de frustración de la finalidad del proceso si la medida no se adopta (*periculum in mora*).

La apariencia de buen Derecho se manifiesta en las medidas cautelares penales adoptadas tras la imputación de una conducta delictiva a una persona determinada y consta de dos elementos, el elemento objetivo y el subjetivo, que deben desprenderse de las propias actuaciones judiciales.

Por supuesto, es necesario que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de un *delito* (art. 503.1.1º LECrim) que lleve aparejada una pena privativa de libertad de cierta gravedad, pues en atención también al principio de proporcionalidad no podrá decretarse una medida que suponga la pérdida de la libertad si el hecho delictivo carece de reproche suficiente y la sanción esperada es menor, aunque se trate de una pena de prisión (cabe recordar, respecto a la detención, que es una medida de más corta duración que la ley no la autoriza por simples faltas, art. 495 LECrim). La Ley establece como criterio general que el delito imputado ha de estar castigado con *pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión*.

Como elemento subjetivo del *fumus*, es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer *responsable criminalmente* del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (art. 503.1.2º LECrim).

Precisamente a justificar la existencia de estos elementos, la realidad de los hechos investigados y su gravedad (incluyendo su encaje en el tipo penal de la rebelión), así como a exponer la participación que tuvieron en tales hechos los diferentes investigados, se dedican la mayor parte de las resoluciones judiciales relativas a la prisión provisional de la Causa especial 20907/2017, singularmente los primeros autos y hasta el auto de procesamiento.

Es claro que el órgano judicial que ordena la medida de privación de libertad ha de tener muy presente que debe explicar sus «motivos bastantes» o sus «razonables sospechas» porque son el elemento que opera, en criterio del TEDH, como condición necesaria para adoptar y mantener la medida cautelar (SS 10 noviembre 1969, caso *Stögmüller vs. Austria*; 28 marzo 1990, caso *B. vs. Austria*; 26 junio 1991, caso *Letellier vs. Francia*; 27 noviembre 1991, caso *Kemmache*; 12 diciembre 1991, caso *Toth*; 12 diciembre 1991, caso *Clooth*; 27 agosto 1992, caso *Tomasi*, y 26 enero 1993, caso *W. vs. Suiza*).

Con todo, la prisión provisional, como dispone el art. 502.2 de la LECrim, «[…] solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

La competencia para establecer los hechos que indiciariamente integran la actuación delictiva en la que se apoya la prisión provisional queda en manos del instructor y, todo lo más, del órgano de apelación cuando la medida fuera recurrida. Aun cuando afecta a

derechos fundamentales esenciales cuya vulneración no podría reponerse, la doctrina constitucional no autoriza su revisión por el TC, salvo por la vía de falta de fundamentación o por errores de razonamiento.

Los hechos a los que se refiere esta causa, sentados indiciariamente por el instructor y corroborados luego por la Sala de Apelación, no pueden ser revisados en la instancia constitucional, pues como declara la STC 155/2019, de 28 de noviembre (FJ 12), que resolvió un recurso de amparo interpuesto por el Sr. Junqueras, «[…] es a la jurisdicción ordinaria a la que correspondía dilucidar si concurrían elementos fácticos y jurídicos en que se asentaban los indicios de criminalidad que sustentaban la medida cautelar, de modo que no resolvemos si concurren esos factores, sino únicamente realizamos un control externo acerca de la suficiencia y razonabilidad del juicio valorativo llevado a cabo por los órganos judiciales. Por ese motivo, este Tribunal no puede resolver la denuncia de vulneración como si fuera una instancia facultada para revisar con plenitud los hechos que se estiman indiciariamente acreditados y la calificación jurídica que se les ha asignado. No nos corresponde decidir, hemos de insistir en ese punto, sobre si los órganos judiciales han procedido acertadamente al esclarecer los vestigios de criminalidad o si, por el contrario, resulta ser más adecuada la propuesta alternativa por la que postula el demandante, con riesgo de contravenir la función que constitucionalmente nos corresponde y, en consecuencia, extralimitarnos en nuestro cometido». El TC se limita a constatar, por tanto, que la motivación alcanza la suficiencia e individualización requeridas y no aprecia quiebras lógicas en la fundamentación o juicios de inferencia manifiestamente irrazonables.

Pues bien, en el presente caso, las sucesivas resoluciones judiciales dictadas sobre la prisión provisional han ido perfilando y concretando los hechos presuntamente delictivos con suficiente precisión como para considerar colmada la exigencia de la explicación judicial del presupuesto del *fumus boni iuris* de la medida adoptada conforme iba avanzando la investigación.

(i) En las DP 82/2017, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó el Auto de 16 de octubre de 2017, decretando la prisión provisional comunicada y sin fianza de los Sres. Sánchez y Cuixart, extendiéndose la resolución en su mayor parte a la descripción de los hechos, pero limitando el razonamiento sobre alguna de las finalidades que justificara la prisión provisional a unas frases en realidad poco explicativas. Se alude por una parte a que se evalúa el riesgo de fuga por la gravedad del delito y de las penas y se hace referencia a la «tentación de huida». Por otra parte, se dice que hay riesgo de reiteración delictiva porque los investigados «[…] vienen operando dentro de un grupo organizado de personas» que realizan actividades dirigidas «[…] a lograr fuera de las vías legales la independencia de Cataluña frente al resto de España en un proceso que todavía se encuentra en marcha». Finalmente se aprecia, dice el Auto, la alta probabilidad de que los investigados «[…] puedan proceder a ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba, como se pone de manifiesto a través de la actividad ya protagonizada por los mismos en este sentido», realizando «[…] actividades semejantes a las que han motivado su investigación, dificultando e impidiendo las medidas de investigación, registros y detenciones que habían sido acordadas».

(ii) Dos semanas después, en las mismas DP 82/2017, este Juzgado Central de Instrucción dicta el Auto de 2 de noviembre decretando la prisión provisional comunicada y sin fianza de los Sres. Junqueras, Turull, Romeva, Rull, Forn, Mundó y las Sras. Bassa y Borràs. La resolución dedica las tres cuartas partes a describir los hechos presuntamente delictivos, es decir, los presupuestos

que justifican el *fumus* y al final, en página y media, despacha algunas consideraciones sobre los fines de la medida cautelar, y parece acogerla tanto por el riesgo de fuga, como de destrucción de pruebas, como de integración en un grupo organizado, como de reiteración delictiva, con una escasa argumentación.

(iii) Una semana después, incoada en el Tribunal Supremo la Causa especial 20907/2017, contra los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña, el instructor dictó el Auto de 9 de noviembre tras la vista de prisión provisional, medida que la Fiscalía había solicitado para las Sras. Forcadell, Simó y Barrufet y los Sres. Corominas y Ginó. El magistrado se explaya en esta resolución con una descripción extensa sobre los elementos fácticos de la conducta presuntamente delictiva, es decir, justificando la existencia de un delito a criterio del instructor; con este fin detalla, a partir de sentar la existencia de una rebelión, el alzamiento violento y público, señalando diferentes resoluciones del Parlamento de Cataluña, la creación de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, aludiendo a las decisiones anulatorias del TC, la presentación de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación, y de la reposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, así como de la hoja de ruta del proceso de independización. Razona luego el Auto en varias páginas sobre la violencia exigida para el delito de rebelión y sobre los hechos que pueden integrar otras figuras delictivas. Como luego se expondrá más ampliamente, en las tres últimas páginas se contienen las consideraciones del instructor sobre los fines de la prisión provisional.

(iv) El 4 de diciembre de 2017, el Instructor del TS dictó un Auto en el que resuelve la solicitud de diez de los investigados sobre la modificación de la medida de prisión provisional dictada contra ellos por el Juzgado Central, una vez que el 24 de noviembre se había acordado la acumulación a la causa especial 20907/2017 en el TS la eventual depuración de la responsabilidad criminal en que hubieran podido incurrir los Sres. Puigdemont, Junqueras, Turull, Romeva, Comín, Rull, Forn, Puig, Mundó, Vila, así como Sánchez y Cuixart, y las Sras. Bassa, Borràs, Ponsatí y Serret por los hechos por los que eran investigados en las DP 82/2017 del JCI nº 3. En esta resolución el instructor argumenta esencialmente sobre las finalidades de la prisión provisional —que luego se examinan—, si bien en el Segundo Razonamiento Jurídico responde a la solicitud de Jordi Cuixart sobre los hechos delictivos y su participación en la presunta rebelión, en donde a partir de la llamada «hoja de ruta» y del documento *Enfocats* se afirma que a pesar del civismo de decenas de miles de ciudadanos llamados a las movilizaciones «[…] se constató la infiltración de numerosos comportamientos violentos y agresivos, que reflejaban el violento germen que arriesgaba expandirse y que, desde el momento en que algunos fueron impulsados y capitaneados por el investigado solicitante muestran los indicios de responsabilidad que se niegan en el escrito de libertad que ahora se analiza».

(v) Este Auto fue recurrido en apelación por el Sr. Junqueras y se resolvió por el Auto de 5 de enero de 2018 de la Sala de Recursos que, respondiendo a las alegaciones del recurrente, se refiere a los indicios delictivos y al riesgo de reiteración delictiva. La Sala expone el papel del recurrente como vicepresidente de la Generalitat desobedeciendo las resoluciones del TC, incluyendo el intento de celebrar un referéndum «[…]que el TC había declarado fuera de la Constitución y de la Ley, han proclamado los resultados de las votaciones que pudieron llevarse a cabo, y han llegado a proclamar la independencia de Cataluña»; de ese modo, «[…] en ejecución de su plan y acudiendo a vías de hecho, se han alzado contra el Estado español, contra la Constitución, contra el Estatuto de Autonomía de esa Comunidad y contra el resto del ordenamiento jurídico». Estos hechos, siendo «[…] de tan enorme gravedad, y aunque pudieran calificarse ya como delitos de desobediencia, todavía no puede decirse, aunque sea provisionalmente, que constituyan los delitos de rebelión o de sedición, que le han sido imputados»; para ello es preciso determinar los actos violentos encaminados a lograr la independencia (para el delito de rebelión) o los actos que

puedan considerarse como un alzamiento público y tumultuario. El Sr. Junqueras alega la falta de un juicio de imputación mínimamente desarrollado, o que «[…] ninguno de los hechos que se califican como violentos (obstaculizar el registro de una empresa; cortes de carreteras, actos de resistencia pasiva) se efectúa un juicio sobre por qué el recurrente tendría una posición de dominio, qué órdenes habría dado y que intervención tuvo en tales hechos», de modo que no existen datos que permitan sostener la comisión de un delito de rebelión ni indicios de su participación. Frente a estas alegaciones, el Auto de la Sala hace referencia a las diferentes resoluciones que se adoptaron en el Parlamento de Cataluña y se afirma que «[…] de forma directa o indirecta, bien mediante declaraciones en el sentido de expresar la disposición a actuar ignorando las decisiones contrarias de los órganos del Estado, o bien convocando manifestaciones, se incitaba a sus partidarios a la movilización, como indispensable elemento de refuerzo de la acción política orientada a la obtención de aquel objetivo». Esta actuación para forzar al Estado a aceptar la independencia hacía previsible que, con una altísima probabilidad, se produjeran actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia, de modo que «[…] asumían, aunque pudieran no desearlo, la presencia de actos de violencia que, de producirse, no podrían situarse como extralimitaciones fuera del marco del plan aceptado por todos». El planteamiento de que la declaración de independencia se realizaría de forma unilateral tras el referéndum prohibido, «[…] contando con movilizaciones populares para forzar al estado a claudicar, suponía una muy alta probabilidad de enfrentamiento físico con episodios inevitables de violencia», aludiendo a los sucesos del 20 y 21 de septiembre. Se refiere luego el Auto a la participación del Sr. Junqueras en los hechos y reconoce que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos, ni que diera órdenes directas en tal sentido; sin embargo, «[…] mediante la defensa pública de la independencia unilateral y fuera de toda consideración y respeto a la ley vigente en el Estado del que Cataluña forma parte, mediante la incitación a los ciudadanos a desobedecer las resoluciones del Tribunal Constitucional, con la pretensión de hacer ejecutivas las resoluciones que aquel declaraba nulas, y mediante la invocación de la defensa del derecho al voto aunque fuera extramuros de la ley, ha impulsado a los partidarios de su posición a movilizarse públicamente, ocupando espacios públicos, con la finalidad de hacer efectiva la declaración unilateral de independencia»; los investigados «[…] sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos», y que haría uso legítimo, proporcionado y justificado, de la fuerza, por lo que «[…] era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia». Se refiere luego a los indicios de un posible delito de sedición y a los que abonarían la comisión de un delito de malversación.

(vi) El Auto del instructor de 2 de febrero de 2018 resuelve negativamente la petición de libertad que interesaba la representación procesal del Sr. Forn, alegando para ello que no existen indicios de su contribución causal al hecho típico y a la falta de datos que sostengan la prognosis de reiteración delictiva. Para desvanecer las alegaciones del solicitante, el Auto se basa esencialmente en el documento *Enfocats*, en la declaración testifical del coronel de la Guardia Civil, Pérez de los Cobos, que reproduce extensamente, así como en actos concretos del Sr. Forn, quien desde el cargo político que ejercía «[…] aprovechó el dominio orgánico y funcional sobre el cuerpo de agentes para conducir las actuaciones policiales al éxito del referéndum del que dependía la declaración de independencia».

(vii) El Auto de 17 de abril de 2018, de la Sala de Recursos, resuelve la apelación planteada por el Sr. Jordi Sánchez solicitando permiso para acudir a la investidura como presidente de la Generalitat. Hace un repaso por todos los hechos relatados por el instructor, que asume, así como el desarrollo del *procés* y la gravedad de todos los hechos, y alude a hechos que se dilataron en el tiempo, «[…] debidamente planificados y orientados a una "ruptura estructural" del Estado de Derecho y de la convivencia social, generando un clima de desasosiego en la ciudadanía, que asistió estupefacta a lo que consideraba un incumplimiento permanente, reiterado y ostentosamente público de

las normas más elementales del ordenamiento jurídico y de las decisiones de los Tribunales con mayores competencias para hacer cumplir su observancia».

En esta posición de reiteración de los indicios, sin elementos nuevos que autoricen una valoración diferente, se sitúan las resoluciones dictadas por la Sala de enjuiciamiento en los AATS de 12 y 28 de septiembre o 19 de noviembre de 2018.

La medida se intentó revertir en numerosas ocasiones mediante la presentación de numerosas solicitudes y recursos, aunque el criterio del TS no cambió, y mantuvo los elementos fácticos que justificaban la prisión provisional. Incluso cuando el Sr. Sánchez intentó obtener en la jurisdicción constitucional la suspensión de la prisión provisional decretada, el TC la denegó.

En el ATC 38/2018, de 22 de marzo, se considera que, cuando la privación de libertad deriva de la adopción de una medida cautelar, la regla general es la denegación de la suspensión de la medida porque en el fondo se estaría revisando la resolución judicial y ello equivaldría a un otorgamiento anticipado del amparo, invocando a este respecto la doctrina del ATC 332/1996, de 11 de noviembre, y se afirma (FJ 4) que «[…] si el Tribunal Constitucional levantara la medida cautelar de prisión, estaría negando, de hecho, aunque no entrase a formular argumentación alguna al respecto, la concurrencia de los presupuestos jurídicos que han llevado a la adopción de la medida por la jurisdicción ordinaria, y que son, en principio, los que se discuten al interponer la demanda de amparo. Y no solo eso, sino que la suspensión de eficacia de los Autos que decretan la prisión provisional, negaría toda virtualidad a la finalidad de la propia prisión cautelar y a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida que nuestra jurisprudencia ha reconocido, esto es la evitación del riesgo de fuga, o de obstrucción del normal desarrollo del proceso, o de reiteración delictiva (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2) fines que, por su perentoriedad, determinan justamente que la ejecución de la prisión preventiva no pueda ser pospuesta o diferida a un momento posterior, a diferencia de lo que ocurre con la pena de prisión».

4. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE FUGA

Dado que en nuestro sistema procesal penal «[…] la celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor» (art. 786.1 LECrim), su ausencia en el momento del plenario llegaría a impedir su celebración y se frustraría de ese modo la posibilidad de dictar sentencia en el proceso, dejando imprejuzgada la cuestión penal: la existencia de delito y la pena que se ha de imponer.

A fin de asegurar mejor el derecho de defensa y la efectiva contradicción en el plenario, la ley procesal española exige que, para celebrar el juicio, el acusado esté a disposición efectiva del tribunal, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, que permiten el

enjuiciamiento en ausencia cualesquiera que sean la pena solicitada y la que efectivamente se imponga.

Es verdad que, desde la reforma de diciembre de 1988, cuando la LECrim introdujo el procedimiento abreviado, se permite el enjuiciamiento del acusado contumaz siempre que *i)* se trate de una ausencia injustificada, *ii)* el acusado haya sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que él mismo hubiera designado, *iii)* lo pida la acusación y sea oído el defensor —que debe estar necesariamente presente—, *iv)* el juez estime que existen elementos suficientes para poder enjuiciarlo y *v)* la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o de seis años si se tratara de pena de diferente naturaleza.

En todos los demás casos, es preceptiva la presencia física del acusado en el acto del juicio oral. Con el fin de permitir que el proceso penal se dirima, la ley puede ordenar medidas cautelares que vinculen o sujeten a la justicia penal a la persona que probablemente figurará como acusado, y esta sujeción puede llegar incluso a la privación de su libertad cuando se tema fundadamente que intentará sustraerse a la acción de la justicia.

Precisamente, conjurar el riesgo de fuga es la primera de las finalidades que la LECrim asigna a la prisión provisional tras la reforma de 2003, siguiendo reiteradas resoluciones del TC (SSTC 128/1995, 47/2000 o 23/2002) que ponderan la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga. Así, la ley procesal dispone que esta medida se puede decretar para «[…] asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga» (art. 503.1.3º.a), evitando que se sitúe fuera del alcance de la justicia y eluda su acción (como se había dicho en las SSTC 33/1999, 14/2000 y 169/2001).

> Como sigue diciendo el art. 503.1.3º.a), el juez habrá de atender conjuntamente a los diferentes factores que puedan generar el riesgo de fuga, entre los que enuncia la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse, la situación familiar, laboral y económica del investigado, así como la inminencia de la celebración del juicio oral. La LECrim señala que el elemento a valorar para considerar el peligro de fuga son los antecedentes que resulten de las actuaciones, cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

Pues bien, el pronóstico de fuga, el riesgo de que los acusados pudieran escapar a la acción de la justicia española, ha estado presente en diferentes resoluciones de los tribunales, primero en los autos del Juzgado Central núm. 3, que lo apreció para los investigados Sres. Sánchez y Cuixart y luego para el Sr. Junqueras y otros, y por eso ordenó su privación de libertad. Y la verdad es que, como es de sobra conocido, otros procesados —los Sres. Puigdemont, Comín, Puig y las Sras. Serret (Bélgica), Rovira (Suiza) y. Ponsatí (Escocia)— habían huido de la justicia española.

En la Causa especial 20907/2017, el instructor del TS consideró en el Auto de 9 de noviembre de 2017 sobre las medidas solicitadas para los miembros de la Mesa del Parlament, que la gravedad del delito y de la pena resultaban innegables (a mayor gravedad, más intensa cabe presumirse la tentación de huida y mayor el perjuicio a los fines de la justicia). Sin embargo, entiende el instructor que es preciso individualizar la intervención de cada investigado, situando en una posición preeminente a la Sra. Forcadell. No obstante, como

el objeto de la medida cautelar «[…] no es iniciar ejemplificativamente el cumplimiento de la pena» que pudiera llegar a imponerse, sino impedir la fuga y, aunque ese riesgo exista realmente, «[…] se difumina por haberse presentado cuantas veces han sido citados por el TSJC, así como por este instructor» y «[…] ser manifiesto el contraste con otros encausados en este proceso que se encuentran actualmente fugados»; por tanto, ese riesgo no era suficiente para ordenar la prisión provisional incondicional.

El instructor del TS utiliza ese mismo criterio en el Auto de 4 de diciembre de 2017 para no apreciar el riesgo de fuga en los investigados Sres. Junqueras y otros, aduciendo que todos ellos cuentan con un profundo arraigo personal, laboral y social en Cataluña y tiene en cuenta su disposición por atender los llamamientos judiciales que, «[…] si bien no aporta ninguna certeza para el futuro, sí es el empírico reflejo de que libremente rechazaron la huida que emprendieron otros encausados». Ello no obstante, aprecia riesgo de reiteración delictiva en distinto grado y mantiene en prisión a los Sres. Junqueras, Forn, Cuixart y Sánchez.

Con carácter general, a medida que pasa el tiempo se va desvaneciendo el riesgo de fuga, como así lo reconoce el ATS de 18 de junio de 2018, invocando la doctrina de nuestro TC, pues el juicio de ponderación sobre el riesgo de fuga debe tener en cuenta el momento inicial y el mantenimiento de la medida pasados unos meses y, como argumenta el TEDH «[…] (sentencias de 27-6-1968: asunto *Neumeister vs. Austria*; de 10-11-1969: asunto *Matznetter*; de 27-8-1992: asunto *Tomasi vs. Francia*; y de 26-1-1993: asunto *W. vs. Suiza*), si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto (SSTC 128/1995, 62/1996, 60/2001 y 140/2012)».

Sin embargo, el riesgo de fuga, que había desaparecido de las resoluciones de los tribunales desde el Auto de noviembre, vuelve a aflorar de nuevo en el Auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, a partir de la ponderación de la gravedad de la pena y de la proximidad del enjuiciamiento y, en palabras del instructor, «[…] de otra pluralidad de factores», a saber: *i)* el claro desprecio de los procesados al acatamiento de las decisiones de la autoridad judicial, *ii)* su pertenencia a un amplio colectivo que se solidariza con su causa por compartir las motivaciones que llevaron a los procesados a cometer sus delitos y «[…] que cuenta con estructuras asociativas organizadas, asesoramiento legal especializado, relevantes recursos económicos derivados de las aportaciones de sus asociados, así como con armazones internacionales desarrollados en los últimos años para la defensa de sus planteamientos y en condiciones de prestar soporte», y *iii)* el hecho de compartir propósito con encausados que han buscado refugio en terceros países «[…] con sustento económico y organizativo».

Todo ello aunque, como se reconoce en el Auto de 23 de marzo de 2018, dictado para decretar medidas cautelares personales, los investigados han comparecido siempre que han sido llamados; pero según la investigación se ha producido una clara desobediencia las de-

cisiones de la autoridad judicial, que los procesados han desatendido de manera contumaz y sistemática en los últimos años. Por otro lado, «[…] no se aprecia en su esfera psicológica interna un elemento potente que permita apreciar que el respeto a las decisiones de este instructor vaya a ser permanente, ni por su consideración general al papel de la justicia, ni porque acepten la presunta ilegalidad de la conducta que determina la restricción de sus derechos».

Claramente, puede apreciarse que estas dos circunstancias están alejadas del riesgo de fuga, dado que tanto el incumplimiento de las resoluciones judiciales como la voluntad de respetarlas, o no, en el futuro nada tienen que ver con el deseo o la voluntad de ponerse fuera del alcance de la justicia. Sin embargo, dejando a un lado el dato de la gravedad de las penas que se perfilaban en el auto de procesamiento, el argumento de la existencia de un colectivo que se solidariza con la causa y que cuenta, como se repite en este Auto, con estructuras organizadas, asesoramiento legal y recursos económicos puede servir efectivamente como soporte para apreciar el riesgo de fuga que autoriza la prisión provisional.

La invocación a la estructura organizativa de apoyo, a su consistencia económica y a los contactos internacionales que permitían a quienes ya se habían fugado mantener una apariencia de vida normalizada fuera de España se repite en el ATS de 17 de mayo de 2018, de la Sala de Recursos, que afirma: «[…] la posibilidad de que los recurrentes consideren una opción atendible la huida de la acción de la Justicia española, que ya se aprecia de forma suficiente en atención a las demás circunstancias más arriba citadas, se incrementa, y debe ser evitada para asegurar la tramitación adecuada del proceso. En ese sentido se justifica la prisión provisional».

5. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS

La segunda finalidad que legítimamente puede perseguir la adopción de la prisión provisional es evitar el riesgo de destrucción, ocultación o alteración de fuentes de prueba «[…] relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto» (art. 503.1.3º.b), para lo que se atenderá a la capacidad de acceder por sí mismo o por terceros a las pruebas o de influir en otros presuntos responsables, testigos o peritos si continúa en libertad.

Esta justificación se utilizó también en este caso por sendos Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 3. El de 16 de octubre de 2017 consideraba que la probabilidad de que los Sres. Sánchez y Cuixart pusieran en riesgo la prueba era alta, dificultando e impidiendo medidas de investigación, registros y detenciones que habían sido acordadas, aunque con anterioridad señalara que la finalidad última de las movilizaciones era conseguir la celebración del referéndum y la proclamación de una república catalana. En el auto de 2 de diciembre de 2017 consideró asimismo que los Sres. Junqueras y otros podían poner

en riesgo la prueba «[…] teniendo en cuenta los cargos que han ostentado hasta hace tan solo unos días».

Ya en el TS, el instructor razonó en el Auto de 9 de noviembre de 2017 sobre el riesgo de destrucción de pruebas que la actividad de los investigados, miembros de la Mesa del Parlament, es pública y aparece en los diarios de sesiones. Por lo tanto, decreta la prisión para la Sra. Forcadell —eludible mediante fianza— y la libertad provisional con fianza para los otros cuatro.

Finalmente, en el ATS de 4 de diciembre de 2017 el instructor considera que no aparece específicamente que los investigados hayan podido adoptar actuaciones o decisiones —individuales o colegiadas— orientadas a la hipotética destrucción de los vestigios derivados de su participación, sin otorgar valor decisivo a la incautación de unos documentos que se iban a incinerar porque la Fiscalía no proporcionó más información.

Por lo tanto, una vez en marcha el procedimiento, realizados los registros y con la documentación ya obtenida, se consideró que no existía riesgo de que resultaran afectados los elementos probatorios, o al menos que no sería de una intensidad tal que justificara la adopción una medida tan grave como la prisión.

Además, como la concurrencia de cualquiera de las finalidades es suficiente para ordenar la prisión provisional (no se trata de causas acumulativas), al considerar el instructor que en este caso concurrían ya otras justificaciones más evidentes de la medida, como el riesgo de fuga y el riesgo de reiteración, no tuvo que realizar mayores esfuerzos argumentales sobre el riesgo del material probatorio.

6. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE REITERACIÓN DELICTIVA

Hay una ulterior finalidad legal que autoriza la prisión provisional: evitar la reiteración delictiva, «[…] el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos»; para valorar la existencia de este riesgo «[…] se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer» (art. 503.2 LECrim).

La reiteración delictiva queda fuera de las finalidades propias de la medida cautelar, y por eso se reconoce en otro apartado del precepto, aun cuando está respaldado por criterios tanto del TC (SSTC 40/1987, 47/2000, 207/2000 y 217/2001) como del TEDH. Sin embargo, teniendo en cuenta los principios constitucionales no puede compartirse este criterio, dado que, si se toma en consideración en puridad se estaría partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional con un fin de prevención especial.

La propia terminología que con más frecuencia se utiliza para expresar esta idea de reiteración —probable comisión de «otros» o «ulteriores» delitos— deja entrever que esta concepción se asienta en la presunción de culpabilidad. La privación de libertad se entendería como un remedio frente a la temida peligrosidad del presunto responsable, aunque

la valoración de la peligrosidad solo puede encontrar su fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa, y ese es un pronunciamiento que solo corresponde a la sentencia definitiva. En efecto, la afirmación de que existe riesgo de reiteración delictiva no se hace sobre la seguridad de que se haya cometido un delito y la previsión de que pueda reiterarse, porque la certeza solo se constata en la sentencia firme de condena.

En una interpretación a mi juicio desorbitada del art. 5.1.c) del CEDH, que autoriza la detención de una persona «[…] cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción», el TEDH ha considerado justificada la prisión provisional cuando se prevea que hay peligro de reiteración delictiva, aun cuando se trate de un fin espurio a las medidas cautelares porque, lejos de pretender una finalidad procesal, parte de la presunción de culpabilidad del sujeto a quien se priva de libertad (SS. de 10 de noviembre de 1969, caso *Stögmüller vs. Austria*; 10 de noviembre de 1969, caso *Matzenetter vs. Austria*; 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen vs. Austria*; 28 de marzo de 1990, caso *B. vs. Austria*, 26 de junio de 1991, caso *Letellier vs. Francia*]; 26 de enero de 1993, caso *W. vs. Suiza*; 20 de marzo de 2001, caso *Bouchet vs. Francia*, y 12 de diciembre de 2006 caso *Dombek vs. Polonia*).

La STEDH del caso *Matznetter* admitió que la consideración del peligro de repetición de las infracciones era compatible con el art. 5.3 del CEDH en las circunstancias especiales del caso, y señaló que «[…] un juez puede razonablemente tomar en cuenta la gravedad de las consecuencias de delitos, cuando se trata de tomar en consideración el peligro de ver repetirse esas infracciones, con vistas a apreciar la posibilidad de poner en libertad al interesado a pesar de la existencia eventual de tal peligro». Como elementos relevantes para considerar que la prisión preventiva estaba justificada, el TEDH tuvo en cuenta «[…] la continuación muy prolongada de actos reprensibles, la enormidad del perjuicio sufrido por las víctimas y la nocividad del acusado», que relacionaba con su experiencia y sus grandes capacidades, aptas para facilitarle la reiteración de sus actos delictivos.

No obstante, como bien apuntó el juez Zekia en el voto particular a la sentencia del caso *Matzenetter*, la norma es ajena a aquel supuesto y no va dirigida a la prisión provisional de personas que, por el único hecho de sus tendencias delictivas, pueden repetir o cometer una infracción, pues en otro caso habría que mantener indefinidamente en prisión a todas las personas con tendencias criminales.

Pues bien, el riesgo de reiteración delictiva es lo que, en esencia, ha sustentado el mantenimiento en prisión provisional de los investigados por el *procés*, y en casi todos los autos relativos a esta medida cautelar a lo largo del procedimiento se reiteran argumentos en este sentido, añadiendo el criterio de la gravedad de los delitos que, si bien no puede justificar por sí misma la prisión, es elemento relevante en la valoración de la reincidencia (STEDH de 14 de abril de 2015, caso *Gawrewcki vs. Polonia*).

En el ATS de 4 de diciembre de 2017, el instructor sostiene que la medida se justifica constitucionalmente por la «[…] probabilidad de que el investigado pueda reincidir» y por «[…] el peligro o la lesividad que podría sobrevenir si la reiteración finalmente acaece»,

de modo que cuanto más relevante sea el bien jurídico amenazado y más irreparable sea el resultado de la acción, «[…] más razonable resulta que la evaluación del pronóstico se adelante y prevenga, aun cuando —es evidente— nunca puede llegar a prescindirse de la existencia de unas premisas objetivas que vetan la restricción del derecho a la libertad por meros augurios o presentimientos».

(i) El Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la AN, en el Auto de 16 de octubre de 2017, en el que se ordena la prisión para Sánchez y Cuixart, apunta al «[…] hecho de que vienen operando dentro de un grupo organizado realizando actividades de colaboración activa y necesaria tendente a lograr fuera de las vías legales la independencia de Cataluña».

(ii) El mismo Juzgado Central, en el Auto relativo a la prisión de Junqueras y siete ex consejeros, de 2 de noviembre de 2017, considera que existe riesgo de reiteración porque las actividades se han venido planificando y realizando durante más de dos años, «[…] reincidiendo constantemente en actuaciones contrarias a las resoluciones del Tribunal Constitucional». Como bien se advierte, el razonamiento es más retrospectivo que prospectivo.

(iii) Ya en el TS, en el Auto de 9 de noviembre, relativo a Forcadell y los miembros de la mesa del Parlament, para evaluar el riesgo de reiteración en su comportamiento, se toma en cuenta que han manifestado que «[…] renuncian a su actividad política futura» o que «[…] lo harán renunciando a cualquier actuación fuera de marco constitucional».

(iv) Un mes después, cuando el instructor valora la situación de Junqueras y los exconsejeros, en el ATS de 4 de diciembre de 2017, los investigados alegaron estar en la misma posición que Forcadell y los miembros de la mesa, pero el Auto lo rechaza porque los miembros de la Mesa realizaron aportaciones no violentas. El instructor considera que hay riesgo de reiteración delictiva en el caso de Junqueras y otros porque (i) todos comparten la aspiración de que Cataluña constituya la base territorial de una nueva República; (ii) ya habían contemplado la eventualidad de que el Estado interviniera la Comunidad Autónoma y habían decidido perseverar en su determinación; (iii) el documento *Enfocats* recoge «[…] un plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral», que expone con cierto detalle en el Auto, y con esto se planificó generar un conflicto que girara alrededor del referéndum y de la DUI, contemplándose los distintos escenarios que se podrían abrir y, en todo caso, ante la aplicación del art. 155 CE, los planes reflejan que el riesgo de permanencia en el delito existe. Aunque se considera que todos pueden reiterar la perpetración de los hechos, como la lesividad que pueden generar las acciones de unos y otros no es la misma, acuerda la prisión incondicional para Junqueras, Forn, Sánchez y Cuixart por sus aportaciones directamente vinculadas a una explosión violenta, en tanto que modifica la medida para el resto, acordando la prisión eludible mediante fianza.

(v) En la Sala de Recursos se ventila la apelación contra esta resolución y en el ATS de 5 de enero de 2018 se razona sobre el riesgo de reiteración delictiva y, respondiendo a la alegación del recurrente (Junqueras) señala que (RJ 6º) que el análisis del riesgo no se debe realizar con carácter general porque eso «[…] implicaría un pronóstico de peligrosidad general alejado del principio de culpabilidad por el hecho; sino específicamente como una probabilidad de que el sujeto continúe con la actividad delictiva que venía desarrollando y que ha sido interrumpida por el inicio de la causa y la adopción de las medidas oportunas». El recurrente, dice el Auto, incitó a «[…] la movilización de sus partidarios para reforzar mediante vías de hecho la pretensión política, defendida desde el Gobierno y otras instituciones de la Comunidad Autónoma, consistente en la declaración unilateral de independencia», lo que «[…] tenía muy altas probabilidades de degenerar en episodios concretos de violencia o, al menos, en el empleo del tumulto para evitar el cumplimiento de las leyes o las resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales, como efectivamente ocurrió, según los indicios ahora disponibles». Este «[…] plan elaborado, suscrito y seguido por el

recurrente y los demás investigados, se desarrolló durante un largo periodo de tiempo, al menos desde el 9 de noviembre de 2015 en que se aprueba la Resolución 1/XI del Parlament hasta el mes de octubre de 2017, sin que en ningún momento les inclinara a abandonarlo la probabilidad, e incluso la constatación, de una evidente reacción del Estado español, ni tampoco la existencia de episodios de violencia o de actuaciones tumultuarias. Estaban, pues, dispuestos a continuar con lo planeado a pesar de las inevitables dificultades que el Estado de Derecho iba a oponer a unas actuaciones especialmente graves desarrolladas fuera de la ley». Y entiende la Sala que no hay dato para entender que ni el recurrente ni su formación política pretendan abandonar sus aspiraciones independentistas, que no sería el problema, sino las vías para lograr ese objetivo: la desobediencia frontal a la legalidad vigente y «[…] la incitación a sus partidarios a movilizarse en la calle, hasta enfrentarse, incluso físicamente, con la finalidad de obligar al Estado a reconocer la independencia que proclaman».

(vi) También el ATS de 2 de febrero de 2018 rechaza que no exista el riesgo de reiteración delictiva y desestima la solicitud de libertad presentada por la representación de Forn; rechaza la petición porque el solicitante mantiene «su ideario soberanista», y esta ideología «[…] coexiste además con un contexto político en el que no hay certeza de que haya desaparecido la intención de alcanzar la independencia de Cataluña, existiendo todavía sectores que defienden explícitamente que debe conseguirse de manera inmediata y perseverando en el mecanismo de secesión contrario a las normas penales que aquí se enjuicia», como sucede con el Sr. Puigdemont. Para valorar la intención real del Sr. Forn se precisan «[…] marcadores más estables que su propio discurso», acudiendo el instructor a la determinación criminal del solicitante hasta hace pocas fechas para lograr el objetivo que todavía hoy mantiene. Termina diciendo el Auto que «[…] si contemplamos la incerteza que existe de que la voluntad política mayoritaria sea respetar el orden legal para lograr la aspiración de independencia que aun hoy comparte el investigado, y si evaluamos la todavía cercana determinación con la que el investigado condujo su grave actuación delictiva, debe concluirse que persiste el riesgo de reiteración delictiva».

(vii) El ATS de 6 de febrero de 2018 deniega la solicitud de libertad de Jordi Sánchez, y considera que lo determinante a la hora de evaluar el riesgo de reiteración es si subsisten los motivos que impulsaron a realizar el delito y cual sería su posicionamiento en la observancia de la ley; considera el caso del Sr. Sánchez de mayor riesgo, por cuanto se ha integrado en una candidatura que pretende restablecer la dinámica política que desembocó en los hechos que se depuran y además persiguió sus objetivos impulsando movilizaciones que favorecieron un estallido social, asumiendo el riesgo de expandir una reacción violenta.

(viii) De nuevo el ATS de 9 de marzo de 2018 deniega la solicitud de libertad del Sr. Sánchez; el comportamiento delictivo cuya reiteración se teme es su participación en un concierto de voluntades orientadas a lograr la independencia con distintas formas de actuación, entre ellas lograr una movilización ciudadana que forzara al Estado a aceptar una nueva república. Relata hechos pasados, desde la Diada de 2013 y años sucesivos, apreciándose una paulatina evolución desde la mera propaganda y promoción de la secesión a impulsar movilizaciones activas de los ciudadanos. La llamada continua al carácter pacífico de las movilizaciones se desdice cuando se pretende incrementar «[…] el nivel de conflictividad según la respuesta del Estado» y muestra la posibilidad de que «[…] se representaran que la movilización proyectada podría exigir o desembocar en un enfrentamiento social explícito, si las circunstancias obligaban a ello» y aunque «[…] nunca hubieran buscado un desafío violento, a partir del 20 de septiembre de 2017 hubieron de representarse que sus movilizaciones introducían la probabilidad de este desenlace». Hace luego un extenso recorrido por lo sucedido el 20 de septiembre y por el llamamiento del Sr. Sánchez para el 1 de octubre, relatando todos los actos de violencia que tuvieron lugar ese día, ponderando su gravedad. Considera que persiste el riego de la reiteración porque (i) los partícipes en el delito

se concertaron a perseverar en su táctica, porque (ii) el Sr. Sánchez «[…] se ha integrado en una lista electoral que se ha opuesto, expresa y permanentemente a abordar cualquier gestión política que no sea la de implementar la república que declararon», y porque (iii) la declaración ante el instructor de utilizar solo instrumentos legales es un compromiso arriesgado e incierto, ya que se niega a reconocer la autoridad judicial del Estado, dirige proclamas contrarias a su electorado y no rechaza impulsar la república secesionista.

(ix) En el ATS de 20 de marzo de 2018, la Sala de Recursos desestima la apelación del Sr. Sánchez, reproduciendo a la letra los argumentos del instructor. Y añade que «[…] desde su posición de influencia en las movilizaciones multitudinarias y su compromiso de integrarse en una candidatura que proclama el objetivo de restablecer la dinámica política que condujo a las actuaciones de las que nacen las responsabilidades que este proceso penal contempla y que desembocó en la aplicación del artículo 155 de la CE, el juicio de reiteración delictiva surge nítido en atención a los parámetros exigidos por el TEDH de previsible continuación prolongada de actos punibles, gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas con la crisis política, económica, y constitucional abierta en Cataluña por el intento de segregación violenta de ese territorio de la unidad nacional, la personalidad del acusado como icono (la calificación del instructor como "carismático", sin duda se refiere simplemente al sentido dado por el Diccionario de la Real Academia, como "dotado de un don") de asociaciones expertas en movilizaciones populares, la perturbación del orden público provocada por la infracción penal, la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos, o las exigencias del interés público en atención a la particulares circunstancias del caso».

(x) Dos días después, la Sala de Recursos desestimó la impugnación de Forn, y en el ATS de 22 de marzo apunta a que el riesgo de reiteración se relaciona en ocasiones con evitar nuevos ataques a las víctimas; pero en los delitos en que no existen víctimas individualizadas son los bienes jurídicos colectivos los que se preservan; se refiere a la gravedad de los cargos para valorar el riesgo de fuga o de reincidencia invocando la STEDH, Caso *Gawrecki vs. Polonia*, de 14 de abril de 2015 (con cita de *Michta vs. Polonia*, ap. 49, 4 de mayo de 2006). Para valorar el riesgo de reiteración y su intensidad hay que tener en cuenta no solo las manifestaciones realizadas tras su privación de libertad sino de la «[…] subsistencia de los motivos que impulsaron la realización del delito, así como de las circunstancias que lo propiciaron y de un mantenimiento del posicionamiento personal respecto de la observancia o transgresión de la ley» (en palabras del instructor); aquí invoca el ATS «[…] la incitación a terceros a la movilización ciudadana contra las fuerzas policiales, en concreto para que acudan a votar en un referéndum ilegal»; por lo tanto, «[…] en la medida en la que se ha acreditado que ya acudió a conductas delictivas para defender sus ideas, es necesario asegurar que no utilizará nuevamente esos cauces delictivos que ya utilizó, cuando intentó, sin éxito, imponer su ideología acudiendo a vías de hecho, que fueron acompañadas de actos de violencia y de tumultos»; por otra parte, considera el Auto que es legítimo dudar de la consistencia de las afirmaciones del recurrente y de que su voluntad sea ajustarse a las normas cuando hace poco tiempo mostró una determinación absolutamente contraria interviniendo directamente en los hechos como conseller de Interior.

(xi) En el ATS de 23 de marzo de 2018, de medidas cautelares tras el auto de procesamiento, por el que se decreta la prisión de algunos que estaban en libertad provisional, el instructor pondera el designio al que se incorporaron desde un principio, el *Libro Blanco*, en donde se preveía continuar con la actuación ilícita tan pronto como se recuperaran las instituciones autonómicas que hubieran sido intervenidas, de modo que puede concluirse que el riesgo de reiteración existe pese a la renuncia al acta de diputado.

(xii) Estos mismos razonamientos se repiten en el ATS de 12 de abril de 2018, en la resolución del recurso del Sr. Sánchez ante el instructor; en el ATS de 17 de abril de 2018, de la Sala de

Recursos, resolviendo la apelación del mismo investigado por la denegación de permiso de salida, ante el «[…] riesgo de que el encausado persevere en alcanzar su objetivo siguiendo una estrategia contraria a la norma penal».

(xiii) La Sala de Recursos en el ATS de 17 de mayo de 2018, entiende que la conducta de los recurrentes no ha consistido en un acto aislado sino en un plan que se desarrolló durante casi dos años, y su participación se mantuvo después de los episodios de violencia, insistiendo públicamente en convocar a la votación sabiendo que la presencia policial provocaría enfrentamientos físicos que terminarían en actos de violencia. Además, no existen indicios de que se haya abandonado la idea de forzar la colisión con el Estado para declarar e imponer la independencia por vías de hecho con el concurso de la movilización popular y la alta probabilidad de enfrentamiento físico con los agentes policiales.

(xiv) El ATS de 14 de junio de 2018 reitera la determinación de «[…] persistir en la acción, frecuentemente revalidada en la actualidad en múltiples discursos públicos, permite apreciar un particular riesgo de reiteración en los procesados, por más que actualmente no ocupen cargos representativos en el Parlamento o el Gobierno autonómico».

La defensa de los bienes jurídicos que se podrían ver amenazados con la libertad de los encausados ha sido el elemento determinante de las decisiones de prisión provisional. Los órganos de la Sala Penal del TS han sido muy claros.

Como sostiene el ATS de 18 de junio de 2018, de la Sala de Recursos, sería «[…] anómalo por irrazonable en el ámbito procesal, que cuando se comete un presunto delito por un grupo importante de personas que obran de forma organizada y estructurada, se acuerde la libertad provisional de los principales presuntos autores a sabiendas de que se van a incorporar al ámbito concreto en que en su día se desarrolló la actividad delictiva. Ámbito en el que, además, se pretende, indiciariamente, seguir operando con similares directrices delictivas, con el riesgo de que pasaran a ser ejecutadas por quienes están ahora presos preventivos precisamente por ser en su día protagonistas destacados de la dinámica del *procés*». No se puede poner en libertad «[…] a un imputado por hechos graves a sabiendas de que va a volver al escenario del presunto delito con un riesgo elevado de que se repitan los mismos hechos delictivos, visto el contexto socio-político que se vive y las líneas de actuación que se proyectan en el ámbito específico donde se desarrollaron los hechos ahora investigados».

Estos argumentos se acogen en el ATS de 9 de julio de 2018, que hace referencia a una carta leída en público en la que Forn y Junqueras expresaban su apoyo a las actuaciones de los Comités de Defensa de la República e incitaban a todos a seguir resistiendo y a mantenerse firmes, proclamando que son un país que no se resigna ni cede a la represión ni a la amenaza.

En definitiva, la invocación del riesgo de reiteración delictiva encierra en sí misma la contradicción de atender a finalidades ajenas al desarrollo del concreto proceso penal, es decir, de permitir su resolución definitiva, y busca preservar a la sociedad de los nuevos delitos que pudieran cometer los encausados; por lo tanto, no se ordena la prisión como medida cautelar para permitir que se sustancie el procedimiento, sino como medida de protección de la sociedad, lo que invoca un fundamento diferente, ya que las medidas de

protección atienden a la garantía de la indemnidad de las víctimas, también partiendo de valoraciones de prognosis.

> La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, reconoce como el primero de los derechos de las víctimas el derecho a la protección (art. 3) para garantizarles su integridad física y psíquica, su libertad y seguridad, así como su libertad e indemnidad sexuales y para proteger su intimidad y su dignidad. Esta protección puede exigir incluso la privación de libertad del presunto agresor, como medida excepcional y cuando sea objetivamente necesaria y no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines (art. 502.2 LECrim), por el riesgo que supone la libertad del agresor para los bienes jurídicos de la víctima y, muy especialmente, para su vida e integridad física, de modo que el criterio no será el del *periculum in mora* sino el del *periculum in damno*.

En el caso general, aplicado en este procedimiento y previsto en el art. 503.2 de la LECrim, que autoriza la prisión provisional para prevenir el riesgo de reiteración delictiva, no se está ante la protección de las víctimas, sino de los bienes jurídicos que se defienden con las leyes penales, y se parte de una realidad no asumida aún por el sistema judicial: que el delito investigado efectivamente se ha cometido, ya que la existencia de un delito solo puede determinarse en la sentencia. A ello se añade que el delito lo ha cometido el investigado, y que este es responsable penal, con lo cual se pone en cuestión la presunción de inocencia porque se parte de que la futura sentencia no solo determinará que el delito se cometió sino también que el sometido a prisión será condenado.

La posibilidad de que se acuerde en los momentos procesales previos a la sentencia la medida más grave que el Estado puede imponer como pena a la persona declarada responsable de un delito, partiendo de la presunción de culpabilidad, debe hacernos reflexionar muy seriamente sobre el respeto a la arquitectura del proceso penal en un Estado democrático de derecho.

Deben buscarse otras vías que garanticen, a un tiempo, los derechos y libertades del inocente, de quien no ha sido condenado, y que se defiendan todos los bienes jurídicos, incluidos los generales de la sociedad. Para ello, habrán de movilizarse seguramente recursos más costosos y normas más depuradas, pero bien vale la pena la defensa de las libertades individuales también en estos tiempos.

No se atiende a las responsabilidades y a las competencias de los órganos judiciales, al contenido de la potestad jurisdiccional, si se considera que hay una «[…] obligación judicial de velar porque el ejercicio del Derecho por aquel a quien se atribuye una grave actuación delictiva, no ponga en riesgo facultades de mayor relevancia y más necesitadas de protección», como se dice en el ATS de 9 de marzo de 2018, que resuelve la solicitud de libertad provisional del Sr. Sánchez o, subsidiariamente, un permiso penitenciario para acudir al Parlamento en su condición de candidato a la presidencia de la Generalitat. Esa obligación de evitar riesgos generales corresponde a otros poderes públicos, de modo que los órganos judiciales, por más que tengan noticia de ese riesgo, deberían abstenerse de intervenir para conjurarlo.

7. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La prisión provisional en la que se han mantenido nueve de los acusados en el juicio del *procés* ha afectado, junto al derecho a la libertad, al derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23 de la CE, puesto que varios de ellos resultaron electos tanto en la convocatoria de elecciones al Parlament de Cataluña del 21 de diciembre de 2017, derivadas de la aplicación del art. 155 de la CE, en las elecciones a las Cortes Generales del 28 de abril de 2018 y en las elecciones al Parlamento europeo del 26 de mayo de 2018.

Es evidente que todo lo que se mueve alrededor de los derechos de representación política, es decir del derecho de sufragio activo y pasivo del art. 23 CE, toca a la esencia del sistema democrático y debe analizarse con sumo cuidado, partiendo de que están en cuestión los fundamentos de las reglas de juego de la convivencia política. Por eso, las limitaciones al ejercicio efectivo de los mandatos y de las facultades que emanan de la soberanía popular han de interpretarse de manera sumamente restrictiva al tratarse de un derecho mayor. La importancia del derecho de representación es enorme, al punto de que, dentro del nuestro ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, tiene dispuestos elementos de protección singulares, como sucede con las prerrogativas parlamentarias.

Los propios tribunales penales han de buscar la compatibilidad del ejercicio de los derechos de representación política con las medidas que permitan el desarrollo de un proceso penal, esto es, la persecución de una conducta presuntamente criminal, procurando eliminar los obstáculos que una medida tan grave como la privación de libertad provoca en el representante democráticamente elegido.

La LOREG acoge una previsión razonable y acertada al permitir la candidatura de los investigados en las causas penales, incluso aunque se encuentren en situación de prisión provisional, dado que otra solución iría en contra de la presunción de inocencia; pero esta facultad, cuando se concreta en acto por la fuerza de los votos, debe llevar aparejada la posibilidad de su ejercicio efectivo si no queremos «engañarnos».

En definitiva, como afirma la Sala de Recursos, en el ATS de 17 de abril de 2018, que desestima el recurso del Sr. Sánchez —que era diputado electo en el Parlament— contra la denegación de un permiso penitenciario para participar en el debate de investidura en la Cámara, «[…] las pretensiones que formula el recurrente generan un conflicto de intereses y de derechos entre el legítimo ejercicio del derecho fundamental de participación política, con los principios y valores constitucionales que le son inherentes, y los bienes jurídicos que tutelan las normas penales que han sido presuntamente infringidas por el investigado».

Pues bien, ese conflicto de intereses se resolvió siempre en esta causa del *procés* a favor de la privación de libertad, imposibilitando a los electos ejercer su derecho de representación, e impidiendo al cuerpo electoral que su representante, al que habían votado, interviniera en los asuntos públicos en su nombre.

Seguro que tiene razón el TC cuando afirma que las resoluciones judiciales no tenían como finalidad incidir en el devenir de las actuaciones de los Parlamentos; que el presu-

puesto del que partieron fue la intervención de los investigados en unos hechos presuntamente constitutivos de delitos graves, y que la medida se fundó en la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, como era precaver el riesgo de reiteración delictiva. Pero también es seguro que la consecuencia de estas resoluciones ha sido una alteración del derecho de representación política.

El ATS de 5 de enero de 2018, de la Sala de Recursos, al decidir la apelación interpuesta por el Sr. Junqueras, electo al Parlament de Cataluña, señaló que la efectividad del derecho de representación política «[…] no puede dejar sin efecto las consecuencias propias de un proceso penal, menos aún cuando se incoa imputando delitos muy graves», y deriva al instructor la apreciación de la proporcionalidad, que «[…] podrá tenerlo en cuenta en el momento de adoptar las decisiones que resulten pertinentes, en momentos puntuales y en función de las circunstancias que se presenten en cada uno de ellos». El Auto dirige sin embargo un reproche dudosamente compatible con el respeto a las reglas democráticas cuando afirma que «[…] las consecuencias de la posición de investigado, procesado, inculpado o acusado en un proceso penal no pueden sortearse mediante la designación del interesado como candidato en unas elecciones».

La verdad es que el problema se traslada al proceso penal desde el régimen electoral, y se coloca en el ámbito de decisión de los órganos de la justicia penal unas soluciones que vienen prefiguradas por las normas reguladoras el sistema electoral, en la medida en que será este el que determinará los requisitos para elegir y ser elegido.

En el caso *Juan Carlos Yoldi*, que se presentó como candidato a Lehendakari en 1987 pese a que se encontraba en prisión provisional, el tribunal autorizó su presencia en la sesión de investidura teniendo en cuenta que, si se permite a los que están en prisión preventiva presentarse como candidatos a las elecciones y son elegidos democráticamente, poner trabas al ejercicio de su derecho lesionaría a su vez los derechos políticos de sus electores; además, se tuvo en cuenta que, en ese procedimiento, la única finalidad de la prisión provisional era evitar la fuga, objetivo que podía conseguirse con medidas de seguridad adecuadas.

Pues bien, el ATS de 9 de marzo de 2018 resolvió la solicitud de libertad provisional presentada por Jordi Sánchez o, subsidiariamente, la solicitud de un permiso penitenciario para acudir al Parlament en su condición de candidato a la presidencia de la Generalitat, que luego plantea como petición principal alternativa. El instructor deniega la solicitud invocando el riesgo de reiteración delictiva, y afirma que el Sr. Sánchez «[…] ha reflejado una determinación tan obcecada, que su acción delictiva nunca se detuvo ante el riesgo de que pudiera conducir a un violento estallido social, con posibles e irreparables consecuencias físicas en los sujetos afectados y con relevante repercusión en la convivencia del grupo social». El instructor analiza la posibilidad de autorizar la conducción vigilada para permitir la compatibilidad de su sujeción al proceso y el ejercicio de sus derechos de representación política y la rechaza (RJ 15º) porque «[…] no aporta la contención precisa para un traslado seguro, menos aún en quien —como reflejan los hechos descritos al principio de esta resolución—, ha empleado su liderazgo en desbordar y sobrepasar la fuerza que un Estado democrático puede aplicar para la observancia de la ley» y, además, porque la

presentación del candidato en el Parlament favorecería «[…] la reiteración que trata de conjurarse, visto que la actividad delictiva que se investiga se desplegó —precisamente— desde actuaciones legislativas y ejecutivas claramente ilegales, y desatendiendo de manera flagrante los controles constitucionales, judiciales e institucionales dispuestos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que se hizo en aplicación de una táctica que no ha sido excluida y sigue respaldándose de presente».

En definitiva, el ejercicio del derecho de representación política, que la ley electoral reconoce también a la persona sometida a prisión provisional, resulta rotundamente negado cuando el tribunal alega que puede reiterarse la comisión del delito que se persigue y no plantea alternativas que permitan defender todos los intereses que están en juego.

Por su parte, la Sala de Recursos del TS, en su Auto de 14 de marzo de 2018, que resolvió una apelación interpuesta por el Sr. Junqueras, confirma la denegación de los permisos para asistir a los Plenos del Parlament y, tras proclamar que «[…] comparte en su integridad el encumbramiento y la relevancia que otorga la parte recurrente al derecho de participación política, dada la repercusión que tiene en el ejercicio y desarrollo de otros derechos fundamentales y en la vigencia de todos los principios constitucionales inherentes a un Estado Social y Democrático de Derecho», reprocha al recurrente «[…] que las conductas delictivas que se le atribuyen fueron indiciariamente ejecutadas mediante reiteradas vulneraciones del legítimo ejercicio del derecho de participación política, de forma que toda la enjundia de esos derechos y la incuestionable trascendencia que alcanzan para sostener y apuntalar un Estado de Derecho fueron utilizados, a tenor de las imputaciones que figuran en la causa, para vulnerar gravemente la propia Constitución y las leyes que la desarrollan, y para desobedecer de forma reiterada y con ostentación pública las resoluciones» judiciales. Por lo tanto, «[…] a la hora de compulsar derechos e intereses y de sopesar los valores constitucionales en juego, figura de un lado el derecho fundamental de participación política de un ciudadano que, con motivo de actuar como diputado autonómico y como vicepresidente del Gobierno de Cataluña en la legislatura anterior a la actual, instrumentalizó el ejercicio del derecho de participación política para subvertir y cuartear el Estado de Derecho —argumentando siempre desde una dimensión indiciaria—, contribuyendo de forma destacada a implantar un ordenamiento jurídico paralelo que se oponía y vulneraba frontalmente las normas capitales y las instituciones del Estado que habían legitimado su elección parlamentaria y el ejercicio de su labor de diputado autonómico». Ante ese conflicto de valores, la Sala de Recursos se decanta por la confirmación de la resolución del instructor.

El propio instructor, en el ATS de 12 de abril de 2018, previamente a un extenso relato de hechos —en especial, actuaciones públicas y parlamentarias, incluyendo los hechos violentos y párrafos del *Libro Blanco*—, hace consideraciones sobre la afectación de derechos políticos por la prisión y deniega luego la libertad solicitada por el Sr. Sánchez, afirmando que no se conjura el riesgo de reiteración delictiva «[…] con ninguna de las medidas de libertad, conducción policial o intervención en la sesión de nombramiento mediante los mecanismos telemáticos que se peticionan». Y aduce que la postulación del Sr. Sánchez «[…] como presidente de la Generalidad de Cataluña presenta elementos que apuntan,

marcada y racionalmente, a que su eventual mandato pueda orientarse hacia el quebranto de un orden constitucional por el que cualquier elector entiende que debe desarrollarse su representación democrática, y a que la transgresión pueda hacerse con profundo quebranto de las mismas normas prohibitivas penales que han justificado la incoación de la presente causa». Interviene el instructor en la definición del marco del derecho de representación política y considera, limitando el ejercicio del derecho e interpretando el sentir de los electores, que esa circunstancia «[…] refleja la conveniencia de sobreponer la protección de unos derechos políticos colectivos, sobre un liderazgo que, por su ejercicio delictivo, suponga una restricción parcial del derecho reconocido al procesado en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

En el ATS de 17 de abril de 2018, al resolver la apelación del Sr. Sánchez, la Sala de Recursos considera que «[…] no puede calificarse de desproporcionada o desmedida la decisión del instructor de no permitir la salida del Centro Penitenciario del ahora procesado para asistir a su posible investidura como presidente de la Generalitat de Cataluña, pues un permiso como el que solicita pondría en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico en el contexto social y político en el que actuó el investigado, y alteraría muy probablemente la convivencia ciudadana con posibles movilizaciones orientadas a una fragmentación social y a un encrespamiento de la ciudadanía como el que ya consiguió en su día. Bastan para corroborarlo las recientes actuaciones violentas de los llamados Comités de Defensa de la República».

Como recordaba el ATS de 21 de mayo de 2018, es verdad que la STC 71/1994, de 3 de marzo (con cita de la STC 25/1981), relativa al alcance de los derechos políticos del art. 23.2 de la CE, consideraba que la «[…] limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático». Y es cierto también que el TEDH ha exigido que la limitación de derechos subjetivos ofrezca una adecuada correspondencia con los bienes jurídicos que tratan de protegerse (STEDH, Gran Sala, de 6 de octubre de 2015, caso *Thierry Delvigne vs. Francia*).

Ahora bien, como afirma la STC 155/2019, de 28 de noviembre (FJ 15.A).a), no puede perderse de vista que, cuando se trata de la limitación del ejercicio del derecho de representación política, «[…] el derecho del art. 23.2 CE, así como indirectamente el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado ilegalmente en su ejercicio (SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 3; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 a); 11/2017, de 30 de enero, FJ 3 a); 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 d); y 49/2018, de 10 de mayo, FJ 4)».

La reciente STC 15/2019 invoca la doctrina de la STC 71/1994, de 3 de marzo (FJ 6), según la cual «[…] el grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición por eso mismo necesariamente singular, con proyección

sobre las condiciones de permanencia en […] el cargo público». De modo que «[…] su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental», sino que «[…] a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad», de lo que resulta que «[…] si bien la permanencia en [el] cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, se trata de un derecho de permanencia en un estatus cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado».

En relación con el derecho de acceso a los cargos públicos del art. 23.2 de la CE, la STC 155/2019 recuerda que el TEDH ha destacado que «[…] el art. 3 del Protocolo núm. 1 consagra un principio fundamental en un régimen político verdaderamente democrático y, por tanto, reviste en el sistema del Convenio una importancia capital (STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, § 47). La democracia representa un elemento fundamental del "orden público europeo", y los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo núm. 1 son cruciales para el establecimiento y el mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia regulada por la preeminencia del derecho (STEDH de 16 de marzo de 2006, asunto *Zdanoka vs. Lituania*, § 98 y 103), STEDH de 30 de junio de 2009, asunto *Etexeberría y otros vs. España*, § 47). Estos derechos del art. 3 del Protocolo núm. 1, inherentes al concepto de régimen democrático, serían meramente ilusorios si un representante electo del pueblo o sus electores pudieran en cualquier momento ser privados de ellos arbitrariamente. El TEDH recuerda que el art. 3 del Protocolo núm. 1 garantiza el derecho de toda persona a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato (SSTEDH de 5 de abril de 2007, asunto *Sailay vs. Turquía* § 27); de 29 de septiembre de 2007, asunto *Sobaci vs. Turquía* § 27; y de 13 de octubre de 2015, asunto *Riza y otros vs. Bulgaria* § 141)».

Precisamente para evitar la arbitrariedad debe exigirse un control judicial en cualquier restricción que viniera impuesta respecto del derecho de todo individuo a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato (STEDH de 11 de junio de 2002, asunto *Selim Sadak y otros vs. Turquía*, § 50), el control «[…] se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procesos internos que conducen a privar a un individuo de la elegibilidad (SSTEDH de 19 de octubre de 2004, asunto *Melnitchenko vs. Ucrania*, § 57, y *Zdanoka vs. Lituania*, citada, § 115)» (SSTEDH de 30 de junio de 2009, asunto *Etexeberría y otros vs. España*, § 50, y de 7 de diciembre de 2010, asunto *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca vs. España*, § 51).

Entiende el TEDH en la sentencia de 20 de noviembre de 2018 (caso *Dermitas vs. Turquía*) que el CEDH no prohíbe *per se* la aplicación de la medida de prisión provisional y su mantenimiento a un diputado o a un candidato a elecciones parlamentarias, por lo que su adopción no constituye una violación automática del art. 3 del Protocolo n.º 1 al Convenio, aun cuando la prisión provisional se considere contraria al art. 5 § 3 CEDH. En caso de que la medida en cuestión constituya una injerencia en el ejercicio de los derechos del demandante del art. 3 del Protocolo núm. 1, tal injerencia no constituirá una violación del citado art. 3 cuando satisfaga los requisitos del principio de legalidad, persiga una finalidad legítima, como puede ser el objetivo de garantizar el correcto desarrollo de las actuaciones

penales entabladas contra el diputado o candidato detenido, y respete las exigencias del principio de proporcionalidad (§§ 231, 233 y 237). Para ello deberá controlar (i) la existencia de un recurso, (ii) la duración de la privación de libertad y sus consecuencias y (iii) la consideración de medidas alternativas y menos gravosas que la prisión (§§ 231 y 239).

En aplicación de esta doctrina, para la STC 155/2019 «[…] el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente en amparo acordado en las resoluciones judiciales impugnadas cumple las exigencias del principio de legalidad y responde a un fin constitucionalmente legítimo», y entiende que la medida cautelar satisface el requisito de la apertura de recursos para impugnarla y que no es excesiva su duración a la vista de las circunstancias del caso. Las limitaciones esenciales al acceso y al ejercicio del cargo público representativo derivan de su situación de privación de libertad y será preciso determinar si se ha respetado el principio de proporcionalidad, en la medida en que no ha podido desempeñar sus funciones como parlamentario. La STC 155/2019 alude al ATS de 5 de enero de 2018, de la Sala de Recursos, en el que atribuía al instructor la posibilidad de adoptar decisiones que preservasen la proporcionalidad y de este modo «despacha» la cuestión de la proporcionalidad: la Sala se lo planteó y no ponderó que la prisión, con su consecuencia de la imposibilidad física de asistir al Parlament, fuese desproporcionada (FJ 20).

Finalmente, al abordar el problema de las medidas alternativas, y dado que el TEDH (caso *Demirtas vs. Turquía*, ya citado §§ 231 y 239) declaró que «[…] la privación de libertad es una medida tan grave que solo se justifica cuando se han considerado otras medidas menos graves para proteger el interés personal o público», la STC 155/2019 considera cumplida la exigencia de valorar medidas alternativas a la prisión, que en el caso del Sr. Junqueras el TS desestimó por el riesgo de reiteración delictiva; a diferencia de otros investigados, el instructor del TS consideró, en el ATS de 4 de diciembre de 2017, que se imponía «un mayor grado de rigor y cautela» al conjugar su derecho a la libertad y el derecho de la comunidad a desarrollar su actividad cotidiana en un contexto despojado de violencia por lo que no se le podía rebajar la intensidad de la medida cautelar.

> Pues bien, esta consideración acogida por la STC 155/2019 queda cerca de la idea de hacer cumplir a la prisión provisional una finalidad de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Solo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad se puede concebir el encarcelamiento del investigado como instrumento apaciguador de los temores suscitados por el delito.

En todo caso, la Sala de lo Penal del TS ha cerrado la aplicabilidad de fórmulas alternativas amparándose en la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico de medidas cautelares diferentes a la prisión provisional y señalando que la mejor garantía de que los procesados no se van a fugar ni van a cometer otros delitos es, sin duda, mantenerlos en prisión, maximizando el control sobre el riesgo de reiteración delictiva.

El ATS de 26 de julio de 2018, de la Sala de enjuiciamiento, rechazó la petición de prisión domiciliaria porque la ley la reserva solamente en caso de grave enfermedad (art. 508 LECRIM), de modo que, al no preverse en estos casos, el tribunal la desestimó, y consideró que «[…] ninguna de las fórmulas alternativas —al margen de la discutible admisibilidad de alguna de las sugeridas a falta de una específica previsión legal, cfr. arts. 529 y 530 de

la LECrim y STC 169/2001, 16 de julio— alcanza el mismo nivel de seguridad a la hora de garantizar la presencia de los procesados en el juicio oral. La pérdida de una fianza no actúa como un elemento verdaderamente disuasorio frente a la tentación de sustraerse a la llamada judicial, menos aún si es un tercero quien se puede ofrecer a prestarla. Las firmas diarias pueden dejar de ser diarias en el instante en el que el firmante decide emprender la fuga. El control policial puede relajarse o presentar fallos involuntarios que permitan la huida. Los dispositivos de rastreo telemático atenúan su eficacia en un ámbito territorial en el que rige la libertad de fronteras y la libre circulación de personas, por más que su utilización permitiría conocer el itinerario seguido por el procesado para sustraerse al llamamiento para el juicio oral».

En definitiva, el TS se escuda en el déficit normativo para rechazar la aplicabilidad de medidas alternativas a la prisión.

La incidencia de la prisión provisional en el derecho de representación política ha sido abordada también en un voto particular a la STC 155/2019, firmado por los magistrados Valdés, Xiol y Balaguer. En su apartado 4.II, el voto particular apunta que «[…] en su dimensión institucional [este derecho] no se satisface con la mera posibilidad de ejercicio del voto en las cuestiones sometidas a deliberación, sino con la plena participación en el proceso deliberativo y decisorio», lo que exige tanto que «[…] el cargo representativo sea ejercido personalmente y no por delegación» como que «[…] el ejercicio personal del cargo lo sea de modo presencial y concentrado en las cámaras legislativas a los efectos de hacer efectiva una democracia parlamentaria deliberativa»; toma como referencia la STC 19/2019, de 12 de febrero, que afirma que «[…] el ejercicio personal del cargo público representativo es una exigencia que deriva del propio carácter de la representación que se ostenta, que corresponde únicamente al representante, no a terceros que puedan actuar por delegación de aquel», y declara que «[…] como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos» (FJ 4.A).

Sostiene el voto particular ya citado (apartado 4.II) que «[…] se deben establecer como criterios constitucionalmente relevantes (i) que el derecho de representación política adquiere una dimensión transcendente a un derecho fundamental subjetivo conformándose en un elemento institucional y estructural esencial para el funcionamiento de la democracia, sin el cual no puede concebirse una democracia parlamentaria representativa; y (ii) que el normal funcionamiento de una democracia parlamentaria representativa exige que el ejercicio del derecho de representación política sea de carácter personal y mediante la presencia del representante político en las cámaras y sus órganos internos posibilitando con ello la deliberación y la adopción de acuerdos».

Pues bien, la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG) establece las reglas básicas que rigen el sistema electoral español, determinando el marco normativo para el ejercicio del derecho de representación política. Este texto legal, al regular el derecho de sufragio pasivo, declara inelegibles (art. 6.2) a los condenados por sentencia firme así como a «[…] los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado

cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal». Como es evidente, y sobre esto no cabe discusión, las limitaciones al ejercicio de los derechos, máxime si se trata de derechos fundamentales, no pueden ser interpretadas extensivamente.

Pues bien, la LOREG no limita el derecho de sufragio pasivo (el derecho a ser elegido) a los investigados en un proceso penal y, por lo tanto, les permite presentarse como candidatos a las convocatorias electorales incluso cuando se encuentren en situación de prisión provisional.

Sin embargo, lo cierto es que *de facto* el ejercicio de ese derecho de representación política, una vez que el candidato ha obtenido de acuerdo con la ley los votos y el respaldo ciudadano en las elecciones y ha sido proclamado electo por la autoridad electoral, su representación política puede terminar resultando una quimera si el representante es sometido a una medida de privación de libertad, pues entonces carecería de la posibilidad real para intervenir en la vida parlamentaria, acudir a las sesiones, plantear iniciativas, votar, etc., de modo que solo tendría esa condición *de iure* y nominalmente, y mientras no fuera suspendido por la Cámara, en los casos previstos por el Reglamento.

La situación es aún más paradójica cuando el representante ha concurrido a las elecciones estando ya en situación de prisión provisional, amparado por la presunción de inocencia y sin ninguna restricción según la normativa electoral (salvo las intervenciones en la campaña electoral, que se verían limitadas por la situación de privación de libertad).

Conviene no olvidar algunos antecedentes, aunque suenen remotos, que han tenido lugar en nuestro sistema democrático: el histórico líder de HB, Ángel Alcalde, obtuvo escaño en las elecciones generales de 1989 tras el asesinato de quien le precediera en las listas electorales y la consiguiente vacante; como se encontraba en prisión provisional, desde el momento en que obtuvo la condición de parlamentario se ordenó su libertad hasta que el Congreso diera respuesta favorable al suplicatorio; aunque el suplicatorio se votó pocos días después, Ángel Alcalde había pasado a la clandestinidad, el delito por el que estaba en prisión prescribió y la causa se sobreseyó.

De acuerdo con el criterio que han seguido los tribunales en la causa del *procés*, el representante elegido en ese caso carecería de toda posibilidad de ejercer sus funciones políticas al encontrarse en prisión, aunque, de acuerdo con la lógica de la democracia representativa, una vez que la confianza de los ciudadanos legítimamente se deposita en el candidato que ha sido elegido, el mandato electoral solo puede ser personal, de modo que no cabe la alternativa de intervenir por un sustituto o un delegado.

Es verdad que, como sostiene el voto particular a la STC 155/2019, en esta causa ha existido una afectación al derecho de representación política derivado de la medida de prisión provisional, pero esa medida contaba con cobertura legal y perseguía un fin legítimo, también desde la perspectiva de la restricción del derecho de representación política y, además, la medida era necesaria y adecuada para la consecución del fin legítimo de evitar el riesgo de reiteración delictiva derivado del ejercicio del derecho de representación política.

En la conjunción de la salvaguarda del derecho de representación política, que no es un derecho absoluto, y el interés público en el desarrollo de la justicia penal y en evitar la reiteración de los delitos, sin duda debería haberse analizado la eventual adopción de medidas alternativas a la prisión provisional para satisfacer ambos intereses, de modo que debía haberse considerado, como afirma el voto particular a la STC 155/2019, «[…] si era posible adoptar una decisión que, aun no enervando totalmente el riesgo que se intentaba controlar con el mantenimiento de la prisión provisional, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente».

Desde luego, la Sala de lo Penal del TS optó en este caso por la prisión provisional sin analizar las consecuencias que las consecuencias de los hechos que motivaron la aplicación del art. 155 de la CE, y sin plantearse la adopción de otras medidas que minimizaran la afectación del derecho de representación política. El TS ha rechazado todas las alternativas, desde la prisión domiciliaria, las fianzas, las firmas diarias, el control policial, los dispositivos de rastreo, etc., y ha preferido inclinar la balanza hacia la seguridad que supone mantener la privación de libertad en un centro penitenciario.

8. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PARLAMENTARIO ESTANDO EN SITUACIÓN DE PRISIÓN

Merece una atención especial en estas páginas el análisis del escenario que se ha abierto para el Sr. Junqueras, en situación de prisión provisional durante todo el plenario, precisamente al haber resultado electo en las elecciones al Parlamento europeo celebradas el 26 de mayo de 2019.

La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 en el Asunto C-502/19, resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre el levantamiento de la medida de prisión provisional que se había decretado contra el Sr. Junqueras en noviembre de 2017.

De acuerdo con el art. 224 de la LOREG, en las elecciones al Parlamento Europeo la Junta Electoral Central procederá a la atribución de escaños a cada una de las candidaturas y a la proclamación de electos; estos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución en el plazo de 5 días ante la Junta Electoral Central y, transcurrido ese plazo, la Junta Electoral declarará vacantes los escaños correspondientes a los diputados al Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución y suspenderá todas sus prerrogativas.

Lo cierto es que el Sr. Junqueras había concurrido a las elecciones al Parlamento Europeo que se celebraron el 26 de mayo de 2019. En cumplimiento de lo dispuesto en la LOREG, la Junta Electoral, por acuerdo de 13 de junio de 2019, le proclamó oficialmente electo (y este acuerdo se publicó en BOE de 14 de junio).

Pues bien, el Sr. Junqueras solicitó tempestivamente un permiso al TS para acudir, incluso custodiado por la fuerza pública, ante la Junta Electoral Central con el fin de acatar la Constitución y cumplir así el trámite requerido por la legislación española.

Sin embargo, el TS denegó esta autorización, de modo que el electo no pudo cumplir el requisito legal y, por esa causa, la Junta Electoral Central declaró vacante el escaño correspondiente al Sr. Junqueras.

Pues bien, el TJUE resuelve que el elemento decisivo para adquirir la condición de miembro del Parlamento Europeo es la elección por sufragio universal directo, libre y secreto, y el principal atributo de estos miembros es su mandato como representantes, de ahí que esa condición se adquiere por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales que realizan los Estados de la UE. La solución es equivalente a la decidida en el Congreso de los Diputados: los derechos y prerrogativas son efectivos desde el momento mismo en que el diputado sea proclamado electo (art. 20.2 Reglamento del Congreso).

Desde que el 13 de junio, con la proclamación de la Junta Electoral Central, el Sr. Junqueras adquirió la condición de parlamentario europeo, los privilegios e inmunidades previstos en el art. 9 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión son aplicables al electo. Por lo tanto, el Sr. Junqueras goza en España de las inmunidades reconocidas a los parlamentarios españoles, y en el resto del territorio de la UE el parlamentario goza de «[…] inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial».

Estos privilegios deben aplicarse aunque el parlamentario no haya obtenido la autorización —por encontrarse en prisión provisional— para cumplimentar ciertos requisitos previstos en el Derecho español ni a desplazarse al Parlamento Europeo y, por consiguiente, el electo no haya cumplido los requisitos formales exigidos por la normativa española.

Por consiguiente, la inmunidad del Sr. Junqueras implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta para permitirle que se desplace al Parlamento Europeo y cumpla las formalidades requeridas.

La vista pública del juicio del *procés* concluyó en la Sala Penal el TS el 12 de junio de 2019, justo el día anterior a la proclamación de los resultados electorales de las elecciones al Parlamento Europeo, y el juicio quedó entonces visto para sentencia. A partir de ese momento, ninguno de los acusados tuvo, ni pudo tener, la más mínima intervención, pues era el tiempo del tribunal, en las deliberaciones y de la redacción de la sentencia.

La inmunidad, huelga decirlo, no implica impunidad ni supone el olvido de los hechos enjuiciados en el procedimiento del *procés*. La Sentencia del TS se ha dictado por unanimidad de los magistrados después de un plenario que ha durado cuatro meses y en el que se han respetado las garantías procesales de publicidad, contradicción e igualdad. Eso significa que la proclamada inmunidad del Sr. Junqueras en nada puede afectar a las actuaciones judiciales realizadas cuando no era parlamentario europeo ni gozaba de ese privilegio, y nada se puede reprochar al TS porque uno de los acusados haya adquirido esa condición personal.

Para mantener la integridad de la sentencia, y el ejercicio de su autoridad jurisdiccional, el TS deberá solicitar la oportuna autorización del Parlamento Europeo para que suspenda la inmunidad del Sr. Junqueras, como prevé el art. 9.III del Protocolo y vuelva a sujetarse a la jurisdicción española. Sin embargo, hasta entonces, el privilegio parlamentario surte todos sus efectos, del mismo modo que para los diputados y senadores españoles, es decir,

para ser enjuiciados precisan de la autorización de la Cámara respectiva, que el Tribunal solicita por medio de suplicatorio.

Entretanto, el Sr. Junqueras goza de inmunidad y eso implica, dice la STJUE, el obligado levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta al objeto de permitirle que se desplace al Parlamento Europeo y pueda cumplir las formalidades requeridas; en esa situación se encontrará hasta que el Parlamento suspenda su inmunidad.

El problema es que el Sr. Junqueras no se halla cumpliendo una medida cautelar, que es en esencia revocable, de modo que se podría levantar en cualquier momento, también como consecuencia de la resolución del TJUE. Además, la sentencia europea hace referencia a una situación pasada: actualmente no hay prisión provisional del Sr. Junqueras, sino que está ingresado en un establecimiento penitenciario cumpliendo una sentencia condenatoria firme, de modo que difícilmente se puede alzar una medida cautelar que a día de hoy no existe.

Esta solución puramente formalista no parece presentable porque resulta de todo punto insatisfactoria; el TJUE ha resuelto que el Sr. Junqueras goza del privilegio de la inmunidad por lo que el cumplimiento efectivo de esta resolución debe suponer su excarcelación.

Ahora bien, el problema se plantea porque en nuestro ordenamiento no hay una previsión normativa que ampare ni regule la excarcelación de un condenado por sentencia firme en cumplimiento de una sentencia que reconoce un privilegio parlamentario de libertad, que se mantiene en tanto dure su mandato o mientras el Parlamento Europeo no suspenda su inmunidad.

La suspensión de la pena prevista en el art. 80 del CP tiene un cauce específico y responde a unos supuestos extravagantes al levantamiento que ordena el TJUE. Tampoco puede declararse extinguida la pena porque la sentencia europea permite que se solicite la suspensión de la inmunidad del parlamentario y sería de razón y de justicia que el TS, en defensa de su propia jurisdicción y de la justicia de su decisión definitiva y firme, reclamara al Parlamento Europeo la suspensión de la inmunidad del Sr. Junqueras a la mayor brevedad, como indica la propia STJUE.

Aun cuando el levantamiento de la prisión provisional resulte imposible, porque ya no existe, el TS debe dar cumplimiento inmediato al pronunciamiento de la sentencia europea que exige que se permita al Sr. Junqueras «[…] que se desplace al Parlamento Europeo y cumplir las formalidades requeridas», bien es verdad que no a partir de su condición de preso preventivo, sino de su condición de penado. Para ello, el TS podría acordar una suspensión de la condena impuesta en cumplimiento de lo ordenado por la Sentencia del TJUE y, aunque esta medida carezca de un concreto apoyo normativo, también se le podría conceder un permiso —bien por el tribunal sentenciador, bien por la Administración penitenciaria con la intervención de este tribunal— para acudir a la Cámara a fin de que cumpla con las formalidades requeridas.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2019.

EL ART. 708 LECRIM: UNA LIMITACIÓN INEXISTENTE AL INTERROGATORIO CRUZADO
THE ARTICLE 708 LECRIM: A NON-EXISTENT LIMITATION TO THE CROSS-EXAMINATION

Jordi Nieva-Fenoll

Catedrático de Derecho procesal
Universitat de Barcelona

RESUMEN

La forma de celebrar los interrogatorios a testigos durante el proceso contra los líderes independentistas presentó una novedad insólita. Los abogados de la parte contraria a aquella que hubiera llamado al testigo solamente podrían preguntarle por la temática sobre la que hubiera preguntado el litigante que le trajo al proceso. La decisión, que posee algún precedente aislado en el Derecho comparado histórico, limitó muy relevantemente el ámbito de los interrogatorios, lo que abre serias dudas sobre su legitimidad en relación con la observancia del derecho de defensa, que resulta esencial para considerar que se han respetado las reglas del debido proceso. La cuestión es fundamental en cualquier proceso, pero en este caso cobra más relevancia, dado que se espera que las partes acaben acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como antes lo harán al Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Testifical, acusado, defensa, prueba.

ABSTRACT

The form to celebrate the interrogation of witnesses during the trial against the independence leaders introduced an unknown novelty. Lawyers from the contrary part of whom had called the witness could only ask about the reason why the litigant brought them to the procedure. The decision, with scarce remote precedents in historical comparative law, limited strongly the scope of the interrogations, what opens some serious doubts concerning the right of defense, which is also essential to consider that the rules of the due process have been respected. This is a fundamental point in any procedure, but especially in this one where there is likely the parts stand before the European Court of Human Rights, and prior to that before the Constitutional Court.

KEY WORDS

Witness, accused, defense, proof.

EL ART. 708 LECRIM: UNA LIMITACIÓN INEXISTENTE AL INTERROGATORIO CRUZADO

Jordi Nieva-Fenoll
Catedrático de Derecho procesal
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los primeros días en los que se celebraron las pruebas testificales en la vista oral del denominado caso *procés,* escuchamos al magistrado presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declarar que las preguntas formuladas por la parte contraria a aquella que había propuesto al testigo eran impertinentes si no iban referidas a los mismos temas sobre los que le hubiera preguntado la parte principal.

La limitación era insólita. Jamás se había escuchado en ninguna sala de justicia, al menos en España. El magistrado presidente justificó su postura alegando que su intención era que el interrogatorio no siguiera un devenir «zigzagueante», en el sentido de que, para respetar el derecho de contradicción de todos los litigantes, si la contraparte interrogaba sobre un nuevo tema, habría que darle la palabra de nuevo a la parte proponente del testigo, que a su vez podría ampliar el interrogatorio, y así sucesivamente de manera indefinida.

La justificación estaba amparada en una evidente hipérbole, que podía evitarse perfectamente restringiendo el *ius novorum* en la réplica, como ocurre —y lo veremos más abajo— en el *Common Law*. Pero más que por ello, quizás fue, como se ha dicho, el carácter inaudito de aquella restricción lo que sorprendió a todos los letrados presentes en la sala. Algunos hicieron constar su protesta por la decisión del tribunal, aunque después, durante el proceso, reivindicaron su vigencia en diversas ocasiones para limitar los interrogatorios

de los fiscales, por lo que podría decirse que la acabaron asumiendo, cosa que, en mi opinión, nunca debieron hacer. Sea como fuere, lo cierto es que se respiró la sensación de que el establecimiento de la limitación simplemente pretendía abreviar la duración del proceso.

De hecho, otra justificación que expuso el magistrado presidente fue que, si tanto interesaba la declaración de ese testigo a la contraparte, debía haberlo propuesto también ella, lo que no tenía sentido, toda vez que precisamente las partes se creían amparadas por el principio de adquisición procesal, como hasta entonces siempre había ocurrido, y porque, además, la relevancia de algunas cuestiones se descubre al oír la declaración principal y no antes, especialmente las que cuestionan la credibilidad del testigo, como después se explicará.

En estas líneas trataré de explicar por qué esta restricción fue, a mi juicio, completamente inadecuada, y expondré las consecuencias prácticas que la misma pudo tener en el proceso. Todo ello será ilustrado con el examen de la doctrina al respecto y, sobre todo, de la historia del precepto que dio lugar a la restricción.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 708 LECRIM

El art. 708 de la LECrim[1] es un precepto algo aislado y, sobre todo, anticuado[2], no reformado desde 1882 y que, en consecuencia, pertenece a otra época, como dejan entrever con toda claridad su redacción y sus antecedentes. Hasta el proceso que ahora nos ocupa, había sido utilizado sobre todo para permitir las preguntas que de oficio quisieran dirigir los jueces a los testigos, habiéndose siempre recomendado que se aplicara la moderación en el uso de este precepto, criterio que, por cierto, no comparto del todo, dado que, frente la insuficiencia de un interrogatorio y ante la imperiosa necesidad del juez de conocer la realidad para dictar una sentencia justa, es perfectamente adecuado que el juzgador pueda dirigir preguntas a los testigos con carácter subsidiario a las que formulen las partes. Y más en un proceso penal, es decir, es un proceso en el que se debate una materia no disponible para los litigantes, razón por la que los seculares ecos del antiquísimo *secundum allegata et probata* —principio dispositivo— no deberían alcanzar a esta materia, ni siquiera a través de un indebido entendimiento del principio acusatorio, que nada tiene que ver con esta temática del principio dispositivo, aunque tantas veces se ignore, especialmente en España. Pero esa es otra cuestión.

Lo relevante es que el art. 708 LECrim dispone en su párrafo primero que la parte proponente del testigo podrá realizar las preguntas que considere conveniente. Pero el precepto contiene un último inciso que delata claramente su origen: «Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones».

Ese origen es el sistema de prueba legal, en el que, recurriendo a un uso abusivo de la carga de la prueba —uso que solo tenía sentido en ese antiguo sistema—, cada parte era, por así decirlo, dueña de sus medios de prueba, de manera que tenía que aportar «sus» do-

cumentos, «sus» testigos, o su confesión con el fin de alcanzar el estándar de *plena probatio* que exigían la doctrina jurídica y, en general, los tribunales. Es decir, la prueba no era propiamente un material del proceso, sino que era «propiedad» de cada parte, como después se verá cuando se aborde el principio de adquisición procesal.

En ese modelo de prueba legal sí tiene sentido que la contraparte se ciña a los aspectos sobre los que ha preguntado la parte proponente del testigo. Pero en un escenario de libre valoración de la prueba eso simplemente no es posible, dado que priva al juez de la posibilidad de tener acceso a toda la realidad de los hechos para convencerse de la misma. Quizás por esa razón de fondo, nadie hasta el momento había interpretado ese precepto en el sentido de que restringiera la posibilidad de la contraparte de preguntar al testigo lo que quisiera, dentro de la pertenencia al objeto del proceso.

De hecho, el más relevante comentarista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Aguilera de Paz[3], se había expresado en unos términos que, desde entonces, no habían dejado lugar a la duda:

> «Es indudable el derecho que todas las partes concurrentes al juicio penal tienen para intervenir en la ejecución de cada una de las pruebas que fueren propuestas, aunque ellas no la hubieran articulado como propia, y, por lo tanto, los testigos designados por cualquiera de dichas partes pueden ser interrogados sin dificultad alguna por las demás».

Para eliminar cualquier duda, Aguilera de Paz añade:

> «Restamos indicar que el derecho reconocido a las partes para dirigir preguntas a los testigos propuestos por las demás que intervengan en el juicio, es de tal naturaleza, que si el Tribunal no permitiera a alguna de ellas hacer tales preguntas, se incurriría por esto en el quebrantamiento de forma previsto en el núm. 1º del art. 911, según tiene declarado el expresado Tribunal en sentencias de 9 de marzo de 1884 y 7 del mismo mes de 1887».

He transcrito los párrafos de Aguilera de Paz para que el lector cobre conciencia de la dimensión anulatoria que, no solamente hoy, sino hace más de un siglo, tenía ya una restricción como la que, por desgracia, ha establecido indebidamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo pese a las reiteradas protestas al efecto de los letrados actuantes. Es sorprendente que tampoco la Fiscalía, guardiana de la legalidad, protestara por esta cuestión, dado que es meridianamente claro que ya a principios del siglo XX el ordenamiento jurídico español había recibido y hecho suyo el principio de adquisición procesal. Por eso, es notoriamente impropio que ahora, bien entrado el siglo XXI, el Tribunal Supremo ponga en cuestión de forma inopinada el principio de adquisición, devolviéndonos, en pocas palabras, a la Edad Media. Lo veremos después.

No obstante, debe asumirse que el estudio del interrogatorio no ha sido desarrollado en España con la atención que sí ha tenido en el mundo anglosajón, particularmente en el Reino Unido y en EE. UU. No puede negarse que *Testigo de cargo*, *Matar a un ruiseñor*, *Anatomía de un asesinato* o, más específicamente, los interrogatorios que se observaban en la serie *Perry Mason* han influido en los usos forenses españoles, aunque sea por puro mimetismo, igual que ahora se ve a presidentes de parlamentos imitar algunos de los comportamientos del inolvidable *speaker* John Bercow dirigiendo la Cámara de los Comunes

británica. Sea como fuere, reconociendo esa influencia llegada por un canal poco tradicional en el mundo jurídico como el arte, lo cierto es que resulta obligado acercarse a la realidad del interrogatorio en esos países a fin de poder opinar seriamente sobre lo que ocurre en el nuestro.

3. LA *CROSS-EXAMINATION*

En el mundo anglosajón, con destacables influencias del antiguo sistema medieval de inspiración romana, existen tres tipos de interrogatorio: la *examination in chief*, la *cross-examination* y la *re-examination*. Podría decirse que, en realidad, se trata de tres fases de un mismo interrogatorio.

El primero es el interrogatorio que realiza la parte que ha propuesto la presencia del testigo en el proceso. En su práctica es diferente del segundo. En la *examination in chief* no se pueden formular *leading questions*, es decir, preguntas que orienten al testigo en su declaración reproduciendo en la pregunta la que se quiere que sea la respuesta. Lo que se espera del testigo en este primer interrogatorio es que coopere con la parte que lo ha propuesto porque se da por hecho que sabe de lo que va a hablar. No se puede poner en duda, en principio, la credibilidad del testigo, pero si no coopera, se convierte en un testigo hostil y existen diferentes modos de impugnar su testimonio, cuestión se aleja del objeto de este trabajo.

La *cross-examination* no tiene esos límites. Es el interrogatorio de la parte contraria o contrainterrogatorio y se celebra justo después de la *examination in chief*. Su objetivo es muy evidente. Se trata de formular preguntas que cuestionen la credibilidad del testigo, o su capacidad de recordar debidamente y, este punto es importante sacar a relucir cualesquiera otros temas que contribuyan al esclarecimiento de los hechos juzgados. Por consiguiente, es fundamental la libertad del interrogador en este sentido. Este puede formular al testigo esas *leading questions* vedadas en la *examination in chief* y su objetivo es desacreditar su testimonio, sin matices.

Por último, en caso de que, efectivamente, durante la *cross-examination* hayan salido a relucir nuevos temas, la parte que propuso al testigo puede volver a interrogarle, pero exclusivamente sobre esos nuevos temas y con el único objetivo de puntualizar y salvar, en general, la credibilidad del testigo. Por tanto, este tercer interrogatorio no puede ampliarse a otras cuestiones ni puede ser aprovechado para introducir nuevos hechos que no hayan sido objeto de los interrogatorios anteriores. Teniendo en cuenta que, de no apuntar esos nuevos temas, el abogado de la contraparte cierra el interrogatorio y no se celebra *re-examination*, es también un cuestión de estrategia procesal no hacer uso de ese *ius novorum* para asegurarse la última palabra en el interrogatorio.

Sin duda, el modelo de interrogatorio expuesto es mucho más sofisticado que el que se realiza en muchos otros países, entre ellos España. Al menos tiene una serie de fases perfectamente estructuradas, aunque en la práctica también presenta deficiencias, sobre todo

a la hora de determinar lo que es o no una *leading question*. La fase de *cross-examination*, en frase de Wigmore mil veces citada, «[…] is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth»[4]. Es decir, se parte de la base de que un testigo sometido a un interrogatorio destructivo sacará a relucir la verdad en caso de ser veraz.

Ojalá fuera así. Lo cierto es que el modelo anglosajón de interrogatorio también está francamente anticuado, pese al prestigio del que goza sobre todo socialmente y, sobre todo, a pesar de lo mucho que disfruta morbosamente el público en general viendo a un interrogador acosar a un testigo durante la *cross-examination*. Hay que reconocer sin ambages que este tipo de interrogatorio fue concebido para otra época, la medieval, en la que el testigo primero había realizado una declaración por escrito que se disponía a ratificar ante el juez, como de hecho sigue siendo el caso en no pocos procesos civiles del *Common Law*, y fue la regla habitual en el resto de países europeos, los del *Ius Commune*. Es curioso que hasta se comparta terminología en la denominación de dos tradiciones de contenido teóricamente tan dispar —*Common Law* y *Ius Commune*—, pero esa es otra muy espinosa cuestión a la que, por desgracia, no puedo referirme en este momento. No obstante, debo advertir que, descendiendo de la superficie al fondo, las coincidencias en cuestiones procesales entre ambos ordenamientos es sorprendentemente llamativa.

Sea como fuere, al celebrarse el proceso ante un jurado en los países del *Common Law*, se asentó la práctica de celebrar un interrogatorio que no consistiera en una mera ratificación ante el juzgado de lo ya expresado por escrito, como sucedió en los países del *Ius Commune*. La razón es evidente. Al jurado había que convencerlo y, además, normalmente sus miembros no sabían leer. El juez, por lo general, sí sabía leer, y no precisaba que le convencieran de nada. Leía el escrito, tenía por efectuada la ratificación y lo más que esperaba de la parte contraria eran las *obiectiones*, es decir, las tachas, que se formulaban para que la parte contraria no alcanzara el número mínimo de testigos (dos) para llegar al estándar de *plena probatio* propio del sistema de prueba legal, o para que al menos no tuviera más testigos en favor de su postura que la contraparte a la hora de «pesar» las pruebas. Así de absurdo era el sistema legal.

Es evidente, por tanto, que el jurado provocó la separación de dos sistemas que provenían de un tronco común. El *Common Law* pudo desarrollar así un modelo que construyó un auténtico interrogatorio, lo que jamás hizo el *Ius Commune*. Pero reconocido ese mérito, que además explica por qué miramos hacia el *Common Law* en materia de interrogatorios, es necesario traer al contexto histórico actual el modelo de interrogatorio anglosajón y apreciar sus méritos y deméritos.

4. LA *CROSS-EXAMINATION* Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

Actualmente no es el Derecho —y sus antiguas reglas— el que debe regular los interrogatorios para que ofrezcan información útil. Es la psicología del testimonio la encargada de indicarnos cómo obtener lo mejor de un declarante, y el Derecho tendría que adaptarse urgentemente a la misma. Para ello, obviamente, hay que conocer esa materia.

Muy resumidamente, la psicología del testimonio asume que la memoria humana es deficiente y se ve afectada por factores inevitables como el paso del tiempo, el estrés, el cansancio, el consumo de sustancias estupefacientes, la luz o la distancia en la observación, el intervalo de observación, la edad del testigo, etc. Además de destacar la relevancia de esos factores, la disciplina citada tiene como principal empeño aislar al testigo de la información que le pueda proporcionar el interrogador para guiarlo en su interés y crear las condiciones precisas para que el testigo no sienta emociones que perturben su recuerdo, por ejemplo, y como ya se ha indicado, el estrés provocado fundamentalmente por el miedo. De ahí que, si se convierte en un auténtico acoso al testigo, la técnica empleada en la *cross-examination* sea absolutamente rechazable, dado que no contribuye a la averiguación de la verdad, sino a la distorsión de su memoria, lo que solo puede arrojar como resultado una declaración falsa.

Por ello, la psicología del testimonio se centra, sobre todo, en que las preguntas que se formulen al testigo sean abiertas, en el sentido de que carezcan de información alguna, para asegurar que el testimonio es espontáneo y no se ve contaminado por los datos que el interrogador suministre al testigo. En este sentido, las *leading questions* son inaceptables, también en la *cross-examination*. Como ya han advertido varios autores, este aspecto debiera ser corregido en la práctica anglosajona. Pero también son rechazables las preguntas que se espera que sean respondidas con un sí o un no tras la formulación de una pregunta que, más que una cuestión, es un relato que se desea que el testigo asuma. A veces se trata de un relato tan sumamente largo que el testigo puede dar por ciertas inadvertidamente partes del mismo que, en realidad, no desea reconocer.

Por último, se trata de que el testigo esté lo más tranquilo posible, y precisamente en este punto fallan todas las salas de justicia del mundo, puesto que la teatralización que allí se produce no contribuye a la serenidad de alguien que incluso puede comparecer impresionado por los hechos sobre los que tiene que declarar. Contribuye mucho menos a la serenidad de un testigo que un abogado empiece a asediarlo con preguntas rápidas para no dejarle pensar y conducirle hacia donde él quiere, actitud frecuente en algunos abogados que los jueces debieran corregir cuanto antes para que en el futuro se borre del imaginario colectivo esa imagen que, visto todo lo anterior y, por tanto, conociendo la psicología del testimonio, no cabe sino calificar como nefasta.

Al contrario, la psicología del testimonio insiste en la tranquilidad de la que, en la medida de lo posible, debe gozar el testigo. Advierte además que sus reacciones gestuales, o incluso sus tonos de voz, no deben ser tenidos en cuenta porque empíricamente está más que demostrado que guiarse por los mismos —como hacen el común de las personas en su vida cotidiana y tantos jueces— es tremendamente desorientador.

Teniendo en cuenta todo ello, los jueces ya estarán en situación de evaluar no tanto al testigo cuanto su testimonio, es decir, su declaración, en función de parámetros tales como su coherencia, capacidad de contextualización del testigo, corroboración de sus declaraciones con otras pruebas o la existencia en sus dichos de comentarios oportunistas.

Por tanto, es perfectamente perceptible que la psicología del testimonio no impide hacer al testigo cualquier tipo de pregunta, con la condición de que no suministre información al testigo y siempre que sea conducente al esclarecimiento de los hechos, o sea,

relevante para realizar el juicio sobre la credibilidad del deponente, a cuyo fin cabe hacerle preguntas ajenas a los hechos que puedan alterar la imagen de objetividad o sinceridad de su declaración y que serán evaluadas por el tribunal. En todo ello sí que aciertan los usos anglosajones.

5. POSIBLE LIMITACIÓN A LA *CROSS-EXAMINATION*

Alguna voz propuso en el pasado[5], no obstante, una posible limitación de la temática de las preguntas en la *cross-examination* que recuerda muchísimo a la restricción impuesta en este caso por la Sala Segunda. Un antecedente de esa restricción puede hallarse en el Tribunal Supremo de los EE. UU., en concreto en el caso *Philadelphia & Trenton R. R. vs. Stimpson* de 1840[6], que versaba sobre derecho de patentes. Efectivamente, como cabe leer en la cita, el Tribunal Supremo impidió que en la *cross-examination* pudieran plantearse al testigo otros temas diferentes de los que hubieran aflorado en la *examination in chief*. La razón la expone la propia sentencia. El Tribunal no deseaba que la contraparte pudiera sorprender a su oponente proponiendo pruebas en el momento en que menos lo esperase, de manera que no pudiera estar preparada para defender a su cliente[7]. Se trataba, por tanto, de proteger desde ese punto de vista el derecho de defensa.

Sin embargo, existe un precedente todavía más antiguo. Se remonta a la Inglaterra del siglo XVIII, en el caso *Dean of Ely vs. Stewart*[8], en el que también se limitó el contrainterrogatorio a los puntos que hubiera puesto de manifiesto la parte que propuso al testigo. Sin embargo, al parecer tal restricción se produjo porque en esa época los interrogatorios eran escritos. Y es que, efectivamente, la autorización esos *nova reperta*, al obligar a un nuevo y trabajoso intercambio de escritos, habría provocado un evidente trastorno procedimental.

Lo curioso es que todo ello enlaza con cuanto se decía anteriormente acerca de la época en la que habría surgido una restricción semejante y, sobre todo, su razón de ser. En el sistema de prueba legal, siendo el proceso eminentemente escrito, no podían permitirse esos interrogatorios novedosos, a riesgo de obstaculizar el proceso. Por ello, se puede afirmar claramente que la restricción está confinada en el tiempo y a una razón muy concreta que difícilmente puede operar en un interrogatorio oral actual, y mucho menos cuando, en realidad, no es que el contrainterrogatorio amplíe el objeto del proceso, sino que versa sobre los mismos hechos que el interrogatorio, aunque en otras facetas o aspectos y, en todo caso, se trata, como se ha dicho, de hechos relevantes para el objeto del litigio.

De hecho, no es de una restricción que haya tenido recorrido en el mundo anglosajón, amén de que, siendo una reminiscencia del sistema de prueba legal, poco recorrido podía tener en sistemas de valoración libre de la prueba como los del *Common Law*. Pero la restricción desaparece sobre todo después de la contundente declaración de Wigmore al respecto: si se permite que el testigo solamente hable acerca de lo que le ha preguntado el litigante que lo ha traído al proceso, se corre el riesgo de que se convierta en un simple aliado de la parte, lo que hace que diga medias verdades. Por ello, es imprescindible que

la contraparte pueda contribuir a desvelar lo que el testigo ha callado[9], dado que eso es lo necesario para que el tribunal pueda formar correctamente su convicción. De hecho, Wigmore considera que las preguntas sobre la credibilidad del testigo y las cuestiones sobre lo omitido por el testigo en su primera declaración constituyen los dos contenidos esenciales de la *cross-examination*.

Con todo, la restricción ha seguido suscitando debate en el *Common Law* respecto al acusado que también declara como testigo. Pero se trata de un testigo especial, puesto que tiene derecho a guardar silencio y a no incriminarse, por lo que suscitarle temas en el contrainterrogatorio sobre los que no hubiera declarado en el interrogatorio podría vulnerar su derecho de defensa, siguiendo el anteriormente citado precedente de 1840. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. es constante desde 1900 y considera que sí se le pueden formular esas preguntas —con alguna controversia acerca de la extensión de su temática— si el acusado renunció a su derecho al silencio al responder a su abogado[10]. De hecho, contestar a las preguntas del interrogatorio del abogado propio y no responder a las preguntas del contrainterrogatorio de la parte oponente es considerado como indicativo de que el declarante está mintiendo, como confirma la jurisprudencia posterior[11]. Una deducción como esta, bastante lógica por otra parte, sería imposible *rebus sic stantibus* en España, aunque no estaría de más revisar ese postulado, dado que es absurdo tener que escuchar la declaración prefabricada de un acusado respondiendo a su abogado y no poder oír qué tiene que decir el declarante cuando contesta espontáneamente a la parte contraria. La declaración que el reo realiza a preguntas de su propio abogado suele ser una completa pérdida de tiempo porque en nada contribuye a la convicción del tribunal, pero esa es otra cuestión.

Visto todo lo anterior, parece evidente que la restricción que se está estudiando en este trabajo no está vigente en la actualidad[12], dado que, si es dudosa para el acusado por los derechos de que disfruta, no puede serlo para un testigo que no goza de esos derechos. Por tanto, cualquier restricción en este sentido es ilegítima. El proceso ya tiene su objeto, y los testigos deben declarar sobre el mismo, y no solamente sobre la parte que decide el interrogador que los ha propuesto. Lo contrario es solamente querer cerrar los ojos de los jueces a la realidad.

6. EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL

Al menos desde Chiovenda[13], se entiende pacíficamente[14] que el principio de adquisición procesal supone que la prueba en un proceso no es del litigante que la ha aportado, sino que forma parte del material probatorio de todo el proceso y, por tanto, puede beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, así como ser utilizada también indistintamente por ambas y, por supuesto, por el juez.

No se ha explicado demasiado bien la génesis de este principio. Simplemente, se ha afirmado y se ha dado por descontado en la práctica procesal. Como ya se advirtió, proviene claramente de la superación del antiguo sistema de prueba legal, que obligaba a cada parte

a aportar sus pruebas, no siendo concebible que los documentos o testigos aportados, y mucho menos la confesión, pudieran beneficiar a la parte contraria.

Sin embargo, con la introducción del sistema de libre valoración, el juez se libera de las antiguas ataduras de los estándares de la prueba legal —particularmente, de la *plena probatio*— y se actualiza el antiguo principio dispositivo —*secundum allegata et probata*—, desdoblado en época relativamente reciente en la doctrina alemana entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte.

Fijándonos ahora solamente en el segundo, el mismo supone que no es el juez, sino las partes, las que traen la prueba al proceso y que, lógicamente, una vez que las han traído, al ser de valoración libre sencillamente es inimaginable que dichas pruebas no puedan ser aprovechadas por todos los sujetos del proceso. De hecho, como mantiene la doctrina alemana[15], el principio de aportación de parte supone el aprovechamiento del natural egoísmo de los litigantes en la defensa de su posición en el proceso, objetivo para cuyo logro traerán los materiales probatorios que mejor les convengan. Con todo, se espera de las partes una cooperación eficiente para la consecución del fin del proceso, esto es, la averiguación de la realidad, lo que les obliga a obedecer los requerimientos del juez relativos a la aportación de pruebas, y les esté vedada una actitud táctica o estratégica consistente en esconder o reservarse pruebas si las mismas son descubiertas y, como se ha dicho, requeridas en el proceso para la averiguación de la realidad.

En todo este marco, es rechazable cualquier disposición que limite la potencialidad averiguatoria de un medio de prueba, siempre, obviamente, que el medio en cuestión no vulnere derechos fundamentales, lo que normalmente no ocurre. De ahí, por ejemplo, que un testigo tenga indefectiblemente la obligación de contestar en un proceso, perjudique o beneficie su respuesta a la parte que le ha traído, obligación bien recogida por nuestra LECrim (art. 707) y que es coherente con todo lo que se está explicando.

Por ello, carece de sentido que, una vez que esté un testigo en el proceso, el juez se niegue a que sea evaluado pretextando que la parte que intenta contrainterrogarlo no lo llamó al proceso. La prueba no es una actividad que sirve solamente a la defensa de las partes, sino que está enfocada a obtener la convicción judicial. Si se concibe la prueba como un instrumento exclusivamente en manos de las partes, no solamente se corre el riesgo de evidente de retroceder varios siglos en los estudios de Derecho probatorio, sino que, como se explicará seguidamente, se cae en una defectuosa formación del material probatorio, una consecuencia letal para la configuración del relato de hechos en la sentencia.

7. LA ERRÓNEA FORMACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ese es justamente el riesgo más evidente de la decisión tomada por la Sala Segunda del TS: que en el proceso no se averigüe debidamente la verdad. Aún peor, que el relato que

se conforme sea defectuoso porque en él hay lagunas y silencios que, pudiendo haber sido colmados por datos probatorios en el proceso, deban ser integrados por la intuición de los jueces y no por las respuestas del testigo conocedor de los hechos, lo que es objetivamente empobrecedor. Además, y esto es lo más relevante en términos jurídicos, se compromete la motivación de la sentencia, puesto que, pudiendo estar construida con datos empíricos, se integra por las bases arbitrarias fruto de esa intuición judicial. Por más razonable que se suponga la motivación, esta nunca llegará a serlo si, pudiendo estar basada en los aportes de las declaraciones de los testigos sobre la realidad, los jueces decidieron voluntariamente prescindir de ellas sin siquiera querer escucharlas.

En estas condiciones, la decisión del Tribunal Supremo no tuvo el más mínimo sentido. Supuso, además, una sorpresa imprevisible para los abogados del proceso contra los líderes independentistas, imprevisibilidad judicial que, además, raya en la vulneración del derecho de defensa al constituir una especie de «decisión sorpresa» de nuevo cuño contraria a la análoga orientación que marca desde los años setenta del siglo XX el art. 139.2 ZPO para las sentencias de fondo por razones que en España consideraríamos de congruencia, pero esa es otra cuestión. Por añadidura, la decisión ni siquiera tiene una razón de ser que pueda ser aplicada a otros procesos, puesto que, en el futuro, a fin de evitar la restricción, lo único que tendrá que hacer el litigante —como ya hacían anteriormente algunos abogados para subrayar el principio de adquisición— será reproducir toda la prueba testifical propuesta de contrario y hacerla propia al principio del proceso. Pero ello solo contribuye a multiplicar la burocracia del proceso con la petición de pruebas testificales *ad cautelam*, pruebas que, además, una vez en el proceso pueden mostrarse como perfectamente prescindibles según el curso que vayan tomando las actuaciones.

Más allá de todo ello, lo más grave es que ese modo de restringir los interrogatorios choca con los estándares mínimos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé el derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren en su favor *en las mismas condiciones* que los testigos que lo hagan en su contra. Y, obviamente, no se practican los interrogatorios en las mismas condiciones si con respecto a los testigos de la parte contraria se ordenan restricciones inaceptables en la posibilidad de formulación de preguntas de los abogados que interrogan.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parece haber abordado directamente una restricción semejante, quizás por lo exótica que es, como ya se ha explicado anteriormente. En realidad, la misión del Tribunal de Estrasburgo consiste en observar toda la actividad procesal valorando si en su conjunto esa actividad fue la propia de un proceso justo, pero evitando entrar tanto —en principio— en la admisión[16] como, en todo caso, en la valoración de la prueba, como repite constantemente en su jurisprudencia[17]. En cambio, sí puede entrar a considerar cómo fue practicada la prueba[18].

Pues bien, se trata de saber si la restricción podría ser considerada aceptable o no por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en función de su compatibilidad con la celebración de un proceso justo. Para ello, es necesario acudir a la vía analógica.

En el caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*[19], el TEDH entendió que en un sistema adversarial —es decir, en un proceso penal acusatorio— el acusado debe tener una oportunidad adecuada y suficiente de poner en cuestión a un testigo que declaró contra él e interrogarle al menos en algún momento del proceso[20]. En este caso, se trató de unos testimonios anónimos que no pudieron ser sometidos a interrogatorio cruzado en el proceso, por lo que la solución del caso es evidente. La pregunta que cabe hacerse en el supuesto que se está considerando es si, habiendo tenido esa oportunidad de interrogatorio cruzado, la restricción de esa oportunidad a la pauta que marcó el primer interrogador invalida el contrainterrogatorio, en el sentido de que lo hace escasamente útil, existiendo, además, el riesgo de que el primer interrogador limite estratégicamente la declaración del testigo para frustrar las posibilidades de defensa de la parte contraria en esa fase de interrogatorio cruzado.

La cuestión es si un acusado que ve menoscabadas sus oportunidades de preguntar en un interrogatorio cruzado disfrutó de esa «[…] adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him», es decir, de esa oportunidad adecuada y suficiente de poner en cuestión a un testigo que declaró contra él e interrogarle. Es posible que el caso *Isgrò vs. Italia*[21] ofrezca una clave al respecto. En ese asunto se consideró justamente si el acusado Isgrò tuvo esa oportunidad, y para ello el TEDH se fija el en si el abogado del acusado tuvo la oportunidad de discutir la veracidad de las declaraciones del testigo aportando al proceso toda la información que podía ser susceptible de sembrar dudas sobre la credibilidad del testigo[22].

«Challenge the credibility», esa es la clave. El problema es que en este proceso se redujo considerablemente esta posibilidad al limitar la temática del interrogatorio del modo explicado, lo que incluso llevó no sólo —como ya se dijo— a que el tribunal tuviera que plantear una pregunta clave de oficio, sino también a que fueran declaradas impertinentes preguntas que cuestionaban directamente la credibilidad de algunos testigos como la posesión de un perfil ideológicamente sesgado contra la orientación política de los reos en una red social. Esa circunstancia, sin género alguno de duda, afectaba a la credibilidad del testigo y, sin embargo, no se pudo plantear en el proceso. Es un solo ejemplo de bastantes que cabe localizar en los autos de la causa.

Pero es que, además, lo más grave es que el interrogatorio cruzado o contrainterrogatorio es la sede procesal en la que, como ya se ha visto, hay que plantear este tipo de preguntas. El tribunal sentenciador insistió en que, si tanto interesaba la declaración del testigo, tenían que haberlo solicitado las partes que protestaban por no poder contrainterrogar debidamente. Sin embargo, ni siquiera hubiera sido así siguiendo la práctica anglosajona, puesto que cada parte llama solamente al testigo que cree que le va a favorecer, por lo que el primer interrogatorio —la *examination in chief*— no es la sede adecuada para plantear esas preguntas que minan la credibilidad del testigo.

No obstante, incluso superando la lógica anglosajona y yendo a la práctica continental de los interrogatorios, en la que se inscribe la española, es obvio que cada parte puede llamar a los testigos que le plazca con independencia de que su declaración vaya a favorecerle o no. No se conoce la figura del «testigo hostil» porque se parte de la base de que el testigo

aportará informaciones que podrán ser rebatidas precisamente a través de las preguntas del interrogatorio. Y ello es porque no se ve al testigo como una propiedad de ninguna de las partes, dado que el sistema medieval de valoración legal —cuyos restos aún se perciben, pese a todo, en el interrogatorio anglosajón en este punto— ha sido totalmente superado. En nuestros sistemas está completamente interiorizado el principio de adquisición, como ya se ha señalado, habida cuenta de la total extensión de la libre valoración de la prueba *ex* art. 741 LECrim, una copia de la antigua *intime conviction* del *Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808 (art. 246) que, a su vez, estaba inspirada en la tradición inglesa que imponía la libre valoración al juzgar a través de jurados. Extrañas paradojas de la historia, de una historia tantas veces muy mal contada, por cierto.

No es ocioso añadir que a veces los tribunales se empeñan en recuperar una especie de uso forense propio de otra época. Un ejemplo evidente es la restricción al contrainterrogatorio decidido por la Sala Segunda. Y otros son la visión influenciada por la carga subjetiva —*burden of production*— de la prueba del interrogatorio del *Common Law* o las célebres excepciones a la *hearsay evidence* provenientes de la antigua prohibición medieval del testigo de referencia, que no era *plena probatio* y que ha conocido un desarrollo verdaderamente sorprendente en el *Common Law*. Pero ese es otro tema del que ahora no puedo ocuparme. En todo caso, se trata de restos de ese antiguo sistema de prueba legal que ya debería estar superado por completo desde hace muchísimo tiempo, pero parece que la tradición pesa en la ciencia jurídica de cualquier latitud.

8. UTILIDAD GENERAL DEL INTERROGATORIO

Con todo, y aunque en el proceso penal con cierta frecuencia —cada vez menos— no haya otra cosa, tampoco debe sobredimensionarse el valor de los interrogatorios. Actualmente, gracias sobre todo a las pruebas periciales y a la evolución de la ciencia, disponemos de muchos más datos que un juez del siglo XIX, es decir, del momento del que datan la mayoría de nuestras normas procesales. Actualmente, la prueba documental, además, se ve enriquecida por las grabaciones de imágenes y sonido, de manera que ya no podemos afirmar que la mayoría de delitos no se documentan, sino que muchas veces se aportan a los procesos grabaciones de cámaras de seguridad o incluso mensajes telefónicos entre el agresor y la víctima, o entre los agresores, que narran el delito incluso con bastante precisión, algo inimaginable hace poco más de treinta años.

De hecho, en el proceso contra los líderes independentistas no solo había un abundante material videográfico que la Sala se negó a contrastar simultáneamente a las declaraciones de los testigos —lo que habría sido, desde luego no imprescindible, pero sí utilísimo en la apreciación de su credibilidad, especialmente de los policías actuantes el día del referéndum—. Además, existía más que suficiente documentación pública y notoria de todo el proceso político independentista que, aunque en la mayoría de ocasiones versaba sobre actos de promoción ideológica sin virtualidad delictiva alguna, sí podía servir para dibujar

el marco general en el que sucedieron los hechos que se juzgaron, lo que podía ser útil para todas las partes en el proceso.

En todo caso, de hecho, la declaración de muchísimos testigos fue absolutamente sobreabundante. No se entiende en absoluto cómo fue posible que la Fiscalía se empecinara en proponer tantísimos testigos cuyos testimonios han sido, al final, ignorados en su mayoría por la sentencia, una vez que fue practicada su declaración, por cierto, en las restrictivas condiciones que se han expuesto en este artículo. Han sido preteridos en la motivación porque en la sentencia poco o nada dice de ellos, pero eso no quiere decir que no hayan contribuido en la convicción de la Sala. Al fin y al cabo, los testigos policías describieron un ambiente de tensión social cuya consideración ha sido sin duda dirimente en el fallo, aunque no se exprese directamente de este modo.

Una práctica de los interrogatorios que hubiera permitido contrainterrogar con las máximas oportunidades de cuestionar la credibilidad del declarante habría podido dibujar un panorama bastante distinto en las impresiones sociológicas, y hasta jurídicas, del Tribunal. No es lo mismo preguntar a un policía que acudió a cerrar una mesa electoral si percibió agresiones en su intervención y constreñir las preguntas a esas agresiones que permitir a la otra parte —en este caso, las defensas— preguntar sobre las órdenes recibidas previamente, la ideología del declarante, los comentarios que realizó con sus compañeros antes, durante o después de la intervención, sus condiciones de vida en los lugares en los que permanecieron acuartelados antes del día del referéndum, sus actividades cotidianas de paisano fuera de esos lugares, incidentes que en esas actividades extrapoliciales pudieron protagonizar, etc.

Todo ello no fue posible. De hecho, a casi cada intento de los abogados sobrevino una interrupción del presidente del Tribunal, que negó no solamente en ocasiones la explicación del letrado sobre la procedencia de la pregunta, sino incluso que constara en acta la pregunta que quería hacerse. Solo lo segundo hubiera permitido conocer en su extensión la relevancia de la misma para la defensa de los acusados. Cuando en los interrogatorios del *Common Law* se hace una pregunta que, tras la correspondiente protesta —*objection*— se declara impertinente, si no es evidente la razón de la impertinencia se ofrece esa razón, a veces previo el alegato de la parte que objeta la pregunta. Pero se deja formular la pregunta porque, de lo contrario, es imposible evaluarla. Con ello queda registro de lo ocurrido, cosa que en este proceso no pudo suceder en demasiadas ocasiones.

Pese a todo lo dicho, creo honestamente que no hubo mala fe en ninguno de los integrantes de la Sala. Sí que es posible que hubiera un cierto exceso de celo en el ejercicio de la autoridad, muy frecuente en las salas de justicia de todo el mundo, cuando observamos a los jueces más preocupados por preservar esa imagen de autoridad que por resolver el problema que les plantean las partes. Como dije al principio, también es posible que una preocupación por que el proceso no durara demasiado tiempo haya condicionado algunas decisiones como la que se ha analizado en este trabajo. Al fin y al cabo, el Tribunal Supremo no es un órgano jurisdiccional acostumbrado a celebrar procesos en primera instancia, sino a resolver recursos de casación, y es posible que el tiempo que tuvo que emplearse en la celebración de las sesiones del juicio oral inquietara al Tribunal por no sufrir retrasos en

la tramitación del resto de asuntos, más allá de la también lógica preocupación por que no se dilatara el dictado de la decisión de un proceso tan importante para la opinión pública española.

Con todo, si se declaró la pertinencia de las pruebas testificales, lo que no era concebible es que las mismas se practicaran en condiciones restrictivas, dado que ello impedía la debida conformación del relato de hechos en la mente judicial, tan importante en cualquier proceso, pero especialmente en este, en el que las informaciones periodísticas habían sesgado notoriamente la opinión sobre los hechos de tantísimas personas. Quién sabe si también de los jueces. En realidad, la única forma eficiente de evitar ese pernicioso resultado habría sido celebrar toda la actividad probatoria sin limitaciones inaceptables.

NOTAS

1. Artículo 708. «El presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren».

2. Proviene del art. 619 de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872. *Gaceta de Madrid*, nº 361, 26-12-1872, y a su vez de un proyecto de código de procedimiento criminal de 1821 que jamás entró en vigor, y en cuyo art. 489, para el proceso con jurado, se lee: «Después del interrogatorio hecho por el fiscal el juez superior preguntará al reo y á su defensor si quieren hacer algunas preguntas ó reconvenciones al testigo sobre lo que declaró».

3. Aguilera de Paz (1924: 424-426).

4. Wigmore (1904: §1367, p. 1697).

5. Trató esta cuestión, entre otros, Greenleaf (1844: 521-522 § 545).

6 .*Philadelphia & Trenton R. R. vs. Stimpson*, 39 U.S. 448 1840: «A party has no right to cross-examine any witness except as to facts and circumstances connected with the matters stated in his direct examination. If he wishes to examine him on other matters, he must do so by making the witness his own and calling him as such in the subsequent progress of the cause. A party cannot, by his own omission to take an objection to the admission of improper evidence, brought out on a cross-examination, found a right to introduce testimony in chief to rebut it or explain it».

7. «If every party had a right to introduce evidence at any time, at his own election, without reference to the stage of the trial in which it is offered, it is obvious that the proceedings of the court would often be greatly embarrassed, the purposes of justice be obstructed, and the parties themselves be surprised by evidence destructive of their rights, which they could not have foreseen or in any manner have guarded against».

8. *Dean of Ely vs. Stewart*, 2 Atk. 44 (1740): «Where at law a witness is produced to a single point by the plaintiff or defendant, the adverse party may cross-examine as to the same individual point, but not to any other matter; so in equity, if a great variety of facts and points arise, and the plaintiff examines only

as to one, the defendant may cross-examine to the same point, but can not make use of such witness to prove a different fact».

9. Wigmore (1904: §1368, p. 1701).

10. *Fitzpatrick vs. United States*, 178 U.S. 304, 315 (1900): «Where an accused party waives his constitutional privilege of silence, takes the stand in his own behalf, and makes his own statement, it is clear that the prosecution has a right to cross-examine upon such statement with the same latitude as would be exercised in the case of an ordinary witness as to the circumstances connecting him with the alleged crime».

11. *Brown vs. United States*, 356, U.S. 148 (1958).

12. Vid. contundentemente, también para el Reino Unido, Murphy, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005, p. 540.

13. Chiovenda ([3]1923: 748).

14. Satta y Punzi (1996: 383).

15. Rosenberg, Schwab y Gottwald (2018: 427-428)

16. Application n. 315/09. *A. G. vs. Sweden*, 10-1-2012: «It is normally for the national courts to decide whether it is necessary or advisable to hear a witness (see, among other authorities, Bricmont v. Belgium, judgment of 7 July 1989, Series A no. 158, § 89)».

17. *Al-Khawaja And Tahery vs. The United Kingdom*, (n. 26766/05 y 22228/06), 15 December 2011, 118.

18. Application n. 315/09. *A. G. vs. Sweden*, 10-1-2012: «The Court's task under the Convention is not to give a ruling about whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see Garcia Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I)».

19. *Al-Khawaja And Tahery vs. The United Kingdom*, (n. 26766/05 y 22228/06), 15 December 2011, 118. *Vid.* también *Trampevski vs. The Former Yugoslav Republic Of Macedonia.* (4570/07), 10-10-2012, 44.

20. Punto 118. «Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see *Lucà*, cited above, § 39, and *Solakov vs. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X)».

21. *Isgrò vs. Italy* (11339/85), 19-2-1991.

22. 35 y 36: «Secondly, the confrontation of 10 April 1979 enabled the applicant to put questions directly to Mr D. and to discuss his statements, thus providing the investigating judge with all the information which was capable of casting doubt on the witness's credibility. […] he could thus challenge the accuracy of those allegations and the credibility of the witness himself».

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (coord. Taruffo) (2012): *La prova nel processo civile*, Milano.
AGUILERA DE PAZ, Enrique (1924): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo V, Madrid.
BAUMGÄRTEL, Gottfried / LAUMEN, Hans-Willi y PRÜTTING, Hanns (2009): *Handbuch der Beweislast*, Köln.
CARRATTA, Antonio / TARUFFO, Michele (2015): *Poteri del giudice*, Bologna.
CHIOVENDA, Giuseppe (1923): *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli.
CHOO, Andrew L. T,. (2009): *Evidence*, Oxford.
CLARK, Ronald H. / DEKLE, George R. Sr., y BAILEY, William S. (2015): *Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Technique*, New York.
DENNIS, Ian (2013): *The Law of Evidence*, London.
EISENBERG, Ulrich (2011): *Beweisrecht der stop*, München.
GREENLEAF, Simon (1844): *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed. Boston, 521-522, §445.
HUXLEY, Phil (2008): *Evidence, the Fundamentals*, London.
LESSONA, Carlo (1928): *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, t. I, Madrid.
MANZANERO, Antonio L. (2008):, *Psicología del testimonio*, Madrid.
MAZZONI, Giuliana (2015): *Psicologia della testimonianza*, Roma.
MUNDAY, Roderick (2013): *Evidence*, Oxford.
MURPHY, Peter (2005): *Murphy on evidence*, Oxford.
NIEVA FENOLL, Jordi / FERRER BELTRÁN, Jordi y GIANNINI, Leandro (2019): *Contra la carga de la prueba*, Madrid.
NIEVA FENOLL, Jordi (2010): *La valoración de la prueba*, Madrid.
ROBERTS, Paul / ZUCKERMAN, Adrian (2010): *Criminal Evidence*, Oxford.
ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz y GOTTWALD, Peter (2018): *Zivilprozessrecht*, München, 427-428.
SATTA, Salvatore y PUNZI, Carmine (1996): *Diritto Processuale Civile*, Padova.
TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, Madrid.
WACH, Adolf (1885): *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig.
WELLMAN, Francis L. (1997): *The art of cross-examination*, (1ª ed. 1903), New York.
WIGMORE, John Henry (1904): *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CONOCER DE LA CAUSA ESPECIAL DE «EL *PROCÉS*»

THE COMPETENCE OF THE SUPREME COURT TO KNOW THE SPECIAL CASE OF «EL *PROCÉS*»

Alicia Armengot Vilaplana

Profesora titular de Derecho procesal
Universitat de València

RESUMEN

La asunción por el TS del conocimiento de la causa especial de «el *procés*» ha sido el resultado de una conjunción de factores. De un lado, la competencia para conocer de la querella interpuesta contra la presidenta del Parlament y otros miembros del mismo resulta de su condición de aforados (en cuanto miembros de la Diputación Permanente), unido a que los hechos que se les atribuyen han sido ejecutados parcialmente fuera del territorio de la Comunidad Autónoma (art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). De otro lado, la competencia para conocer del proceso pendiente ante la Audiencia Nacional contra los miembros del Consell de Govern —cesados por la aplicación del art. 155 CE y carentes por ello de aforamiento— se basa en la conexión inescindible entre los hechos atribuidos a estos últimos y los atribuidos a los aforados en la causa especial, lo que ha determinado la investigación y el enjuiciamiento conjunto de los hechos.

PALABRAS CLAVE

Tribunal competente, aforamiento, conexidad procesal, juez legal.

ABSTRACT

The assumption of the Supreme Court of knowing of the special case of el *procés* has been the result of a conjunction of factors. On the one hand, the competence to know of the lawsuit against the president of the Catalan Parliament and other members result from their granted immunity (due to their membership of the Permanent Council), connected to the attributed facts accomplished partially out of the territory of Catalonia (article 57.2 Autonomous Statute of Catalonia). On the other hand, the competence to know of the pendent trial before the National Audience against the members of the Governmental Council —ceased by the implementation of article 155 Spanish Constitution and without immunity for this very reason— is based on the inevitable link between the attributed facts to the former ones and those attributed to those with granted immunity, what has also determined the inquiry and the trial of the facts as a whole.

KEY WORDS

Competent tribunal, immunity, procedural link, legal judge.

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CONOCER DE LA CAUSA ESPECIAL DE «EL *PROCÉS*»

Alicia Armengot Vilaplana
Profesora titular de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Cronología de las resoluciones relevantes para atribuir la competencia al TS para conocer de la Causa especial 20907/2017. 1.1. Procesos iniciados antes de la aplicación del art. 155 CE. 1.1.1. El proceso iniciado ante el TSJ de Cataluña contra la presidenta del Parlament y otros miembros de la Mesa del Parlament (Diligencias previas núm. 1/2017). 1.1.2. El proceso iniciado ante el TSJ de Cataluña contra el presidente de la Generalitat y otros miembros del Consell Executiu de la Generalitat (Diligencias previas 3/2017). 1.1.3. El proceso iniciado ante la AN contra altos mandos policiales y presidentes de asociaciones civiles independentistas por sedición y pertenencia a organización criminal (Sumario ordinario núm. 7/2018). 1.2. Procesos iniciados tras la aplicación del art. 155 CE. 1.2.1. Proceso iniciado ante la AN contra el expresidente de la Generalitat y todos los que fueron miembros del Consell de Govern por delitos de rebelión, sedición y malversación (Diligencias previas 82/2017). 1.2.2. Proceso iniciado ante la Sala Segunda del TS contra los miembros del disuelto Parlamento de Cataluña y miembros, en ese momento, de la Diputación Permanente (Causa especial 20907/2017). 2. La competencia del TS para conocer de la Causa especial 20907/2017. 2.1. La competencia del TS para conocer de la querella interpuesta contra los miembros de la Diputación Permanente se basa en su fuero personal (aforados) unido a que parte de los hechos delictivos se cometieron fuera del territorio de la Comunidad Autónoma (art. 57.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña). 2.2. El posible cambio de criterio del TS para afirmar su competencia: del criterio naturalístico sobre el lugar de la comisión del delito al criterio de la ubicuidad. 2.3. La competencia del TS para conocer —en la misma Causa especial— de los hechos atribuidos al expresidente de la Generalitat y a los anteriores miembros del Consell (no aforados) se basa en la conexión material inescindible con los hechos atribuidos a los aforados. 2.3.1. La posible vulneración del derecho al juez legal. 2.3.2. La posible vulneración del derecho a la doble instancia. Notas.

1. CRONOLOGÍA DE LAS RESOLUCIONES RELEVANTES PARA ATRIBUIR LA COMPETENCIA AL TS PARA CONOCER DE LA CAUSA ESPECIAL 20907/2017

Los hechos acontecidos en Cataluña en torno al mes de septiembre de 2017 (por señalar un referente temporal) dieron lugar a la incoación de diversos procedimientos

penales ante distintos órganos jurisdiccionales. Destacaremos los que resultan relevantes para analizar la competencia finalmente asumida por el TS para conocer de la Causa especial 20907/2017.

Cabe avanzar que estos procedimientos fueron incoados a partir de unos hechos inicialmente delimitados —elemental exigencia del derecho de defensa— que, no obstante, fueron ampliándose por razón de la conexidad con otros hechos anteriores y posteriores. Finalmente, se decidió la acumulación de todos ellos en un único proceso en el que ha acabado juzgándose una heterogeneidad de conductas cometidas por una pluralidad de sujetos desde diferentes ámbitos (Legislativo, Ejecutivo, movimientos sociales) y orientadas, según declaran las resoluciones, a la consecución de un objetivo común: la secesión de la Comunidad Autónoma de Cataluña y su proclamación como República independiente.

Los diferentes procesos iniciados por estos hechos pueden agruparse en dos apartados cuya línea divisoria viene trazada por la aplicación del art. 155 CE por el Gobierno de la nación.

En el primer grupo deben incluirse los procesos que se iniciaron antes de ese momento histórico y que se dirigían a perseguir, respectivamente, ciertas actuaciones legislativas y ejecutivas contrarias a resoluciones del TC (querella contra la presidenta del Parlament de Cataluña y otros miembros del mismo; querella contra el president de la Generalitat y todos los miembros del Consell). Estos procesos fueron incoados ante el TSJ de Cataluña por razón del aforamiento de los querellados, si bien, como después veremos, pasaron a acumularse a la Causa especial ante el TS. En este primer apartado también debe incluirse el proceso iniciado por denuncia de la Fiscalía ante la Audiencia Nacional por la posible comisión de un delito de sedición contra altos mandos policiales y otros representantes de asociaciones civiles independentistas, denuncia interpuesta por los hechos ocurridos en Barcelona los días 20 y 21 de septiembre de 2017 con ocasión de la práctica de diversos registros domiciliarios ordenados en la instrucción de otro procedimiento.

En el segundo grupo debemos encuadrar los procesos que se iniciaron tras la activación del art. 155 CE. Así, el 30 de octubre de 2017, el Fiscal General del Estado interpuso querella ante la Sala Segunda del TS contra la presidenta y otros miembros del disuelto Parlamento catalán —en su condición de miembros de la Diputación Permanente— por delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos. Ese mismo día, el Fiscal General del Estado interpuso querella ante la AN (Juzgados Centrales de Instrucción de guardia) contra el presidente de la Generalitat y todos los que fueron miembros del Consell Executiu del Govern de la Generalitat, cesados por la aplicación del art. 155 CE y carentes, por ello, de la condición de aforados, querella que describía unos hechos idénticos a los de la querella dirigida contra los miembros del Parlament, atribuyéndoles los mismos delitos.

1.1. PROCESOS INICIADOS ANTES DE LA APLICACIÓN DEL ART. 155 CE

1.1.1. El proceso iniciado ante el TSJ de Cataluña contra la presidenta del Parlament y otros miembros de la Mesa del Parlament (Diligencias previas núm. 1/2017)

Este proceso se inició tras la aprobación por el Parlament de Cataluña de dos proposiciones de ley que resultaban contrarias a los pronunciamientos del TC: la proposición de ley del referéndum de autodeterminación (Ley 19/2017) y la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república (Ley 20/2017). El objeto de este proceso —el hecho criminal imputado— quedaba, pues, acotado a esas conductas (la aprobación de las citadas normas), pero se amplió a otros anteriores, habida cuenta de la conexión y de la consideración de delito continuado.

En efecto, a raíz de la aprobación de las citadas normas en la sesión del Pleno de Parlament de 6 de septiembre de 2017, el 8 de septiembre de 2017 el Ministerio Fiscal (en adelante MF) interpuso querella contra la presidenta del Parlament de Cataluña (Carmen Forcadell) y otros miembros de la Mesa del Parlament (Lluís Guinó i Subirós, Anna Simó i Castelló, Joan Josep Nuet i Pujals y Ramona Barrufet i Santacana). Esta querella fue admitida a trámite por Auto del TSJCat, de 12 de septiembre de 2017, que estimó que los hechos podían ser constitutivos de un delito de desobediencia del art. 410.1 del CP y de un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP en relación con el art. 74.1 CP.

En este Auto, la Sala de lo Civil y Penal del TSJCat: *a)* se declara competente para conocer de la querella por cuanto dicha Sala es competente para conocer de las causas por delitos atribuidos «[…] a todos los Diputados del Parlament de Catalunya, incluido su Presidente o Presidenta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73.3 a) LOPJ en relación con el art. 57.2 del EAC»; y *b)* decide acumular esta causa a otra anterior pendiente ante el mismo Tribunal y por unos hechos relativos a la aprobación en el Parlament de otra resolución igualmente contraria a la CE: «La presente causa debe acumularse a la que se sigue en este mismo Tribunal, las Diligencias previas núm. 1/2016, por unos hechos que exigen una instrucción y, en su caso, un enjuiciamiento conjuntos, en atención a lo que […] resulta de su eventual calificación jurídica como delito continuado, a las relaciones concursales que se advierten y a sus posibles consecuencias punitivas, conforme al art. 74.1 CP, o, en su caso, en atención a las reglas de conexidad delictiva contenidas en el art. 17 LECrim, sin que se advierta que dicha acumulación deba excluirse por razón de una eventual complejidad o de una inaceptable dilación procesal».

Las Diligencias previas 1/2016 habían sido incoadas en virtud de la querella interpuesta por la Fiscalía el 19 de octubre de 2016 contra la presidenta del Parlament (Carmen Forcadell), que había permitido con su actuación la alteración del orden del día de una sesión plenaria para que se sometieran a votación las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente y se procediera a la aprobación de la Resolución 263/XI, conocedora de que la misma era continuación de otra también declarada inconstitucional, la Resolución I/XI.

Tras la celebración del referéndum el 1 de octubre de 2017 y la declaración unilateral de independencia, el Gobierno de la nación procedió a activar el art. 155 CE, lo que supuso la disolución del Parlamento de Cataluña; los querellados en esta causa pasaron a ser miembros de la Diputación Permanente y mantuvieron, por ello, su condición de aforados. El 30 de octubre de 2017 el MF presentó querella ante la Sala Segunda del TS contra la presidenta del Parlament y otros miembros del mismo cuya admisión dio lugar a la incoación de la Causa especial 20907/2017, a la que se acumula este proceso (Diligencias previas 1/2016). Y así, por providencia de la magistrada instructora del TSJCat de fecha 20 de noviembre de 2017 se acordó, en respuesta a la comunicación remitida por el TS, el envío de las citadas DP 1/2016, pasando a acumularse las mismas a la Causa especial núm. 3/20907/2017.

1.1.2. El proceso iniciado ante el TSJ de Cataluña contra el presidente de la Generalitat y otros miembros del Consell Executiu de la Generalitat (Diligencias previas 3/2017)

Por su parte, el Consell Executiu de la Generalitat, reunido el 6 de septiembre de 2017, procedió a la aprobación de dos Decretos de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña y de normas complementarias para la realización de la consulta. El 8 de septiembre de 2017, el MF presentó querella ante el TSJCat contra el presidente y todos los miembros del Consell, que fue admitida a trámite por Auto de 12 de septiembre de 2017, dando lugar a la incoación de un procedimiento (Diligencias indeterminadas núm. 41/2017) por hechos calificados en la querella como constitutivos de los delitos de desobediencia continuada (art. 410.1 en relación con el art. 74. 1 CP), prevaricación administrativa continuada (art. 404 en relación con el art. 74.1 CP) y malversación de caudales públicos (art. 432 CP).

Los hechos narrados en el Auto de incoación de este procedimiento arrancan con la aprobación de la Resolución 1/XI sobre el inicio del proceso político dirigido a crear un Estado catalán independiente en forma de República, y describen la actividad legislativa desplegada con posterioridad a esa Resolución y dirigida a crear la cobertura legal adecuada para la convocatoria de un referéndum secesionista, resoluciones todas ellas que habían sido anuladas por sendas resoluciones del TC que venían siendo incumplidas por los querellados. En su tramo conclusivo, la querella afirmaba que la misma se centraba en la aprobación de los Decretos 139/2017, y 140/2017, de convocatoria y de organización del referéndum de autodeterminación, ambos de 6 de septiembre de 2017, por parte de los miembros del Govern de la Generalitat, violando frontalmente los pronunciamientos del TC sobre la inconstitucionalidad del referéndum de autodeterminación.

En el auto de incoación de este procedimiento, la Sala de lo Civil y Penal del TSJCat: *a)* se declaró competente para conocer de este proceso en la medida en que corresponde a este Tribunal «[…] la instrucción y el fallo de las causas penales seguidas contra el president o presidenta de la Generalitat y consellers, en virtud de lo dispuesto en el art. 70.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en relación con el art. 73.3 a) de la Ley Orgánica del Po-

der Judicial, siempre que se trate de delitos cometidos en el territorio de esta Comunidad Autónoma», siendo preciso señalar que en el momento de la admisión de la querella los querellados tenían esa condición; *b)* decidió admitir la querella al estimar que concurría el juicio de verosimilitud suficiente sobre los hechos y sobre su atribución a los querellados; y *c)* resolvió acumular este procedimiento a otro anterior (Diligencias previas núm. 3/2017) pendiente ante el mismo Tribunal por identidad o conexión de los hechos, conforme a lo dispuesto en los arts. 17.1.2º y 3º y 300 LECrim.

Ese procedimiento anterior (DP núm. 3/2017) había sido incoado previa querella del MF contra Dña. Meritxell Borràs Solé y D. Francesc Esteve Balagué en relación con la aprobación del «Acuerdo marco para el suministro de urnas en las elecciones al Parlamento de Cataluña, consultas populares y otras formas de participación ciudadana», atribuyéndoles hechos aparentemente constitutivos de los delitos de desobediencia, prevaricación y malversación, querella admitida por Auto del TSJCat de fecha 20 de junio de 2017. Consecuentemente, en la causa posteriormente iniciada contra el presidente y los miembros del Govern, el TSJCat declara: «Incoadas y seguidas las Diligencias previas 3/2017 por la licitación pública de un expediente para la adquisición de urnas de utilización pretendida, aparentemente, en el referéndum finalmente convocado y articulado en los Decretos descritos en la querella que ahora admitimos a trámite, dada la coincidencia de identidad entre al menos una de las querelladas entre las dos instancias, debemos establecer entre ambos episodios el necesario concierto y la interna relación instrumental que se describe en los supuestos 2º y 3º del citado artículo 17.1 LECrim, como razones de conexidad que lleve a la acumulación de ambas causas».

Después de que en el Pleno del Parlament de Cataluña celebrado el día 27 de octubre de 2017 se proclamara la declaración unilateral de independencia, el Gobierno de España procedió a la aplicación del art. 155 CE, y acordó, entre otras medidas, el cese de los Consellers del Govern y la disolución del Parlament, asumiendo el Gobierno de la nación las funciones de los consellers. Consecuentemente, los investigados en esta causa ante el TSJCat (presidente de la Generaliat y Consellers) dejaron de ser aforados ante este Tribunal. El MF presentó querella ante la AN contra todos ellos (30 de septiembre de 2017), querella que dio lugar a la incoación de un nuevo proceso por rebelión, sedición y malversación de caudales públicos; a este proceso se acumularon las Diligencias previas 3/2017.

1.1.3. El proceso iniciado ante la AN contra altos mandos policiales y presidentes de asociaciones civiles independentistas por sedición y pertenencia a organización criminal (Sumario ordinario núm. 7/2018)

Este proceso se inicia a raíz de los hechos acaecidos los días 20 y 21 de septiembre de 2017 con ocasión de la práctica de una entrada y registro acordada en un proceso judicial pendiente ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona. Pero, al igual que en los demás procesos, los hechos que constituyeron el objeto inicial de este proceso se ampliaron a las actuaciones realizadas en los días posteriores por los investigados, dirigidas a no obstaculizar el desarrollo del referéndum del 1 de octubre de 2017.

Según se desprende de las resoluciones, «[…] en los días 20 y 21 de septiembre de 2017, con ocasión de la práctica de una serie de diligencias de entrada y registro acordadas por el Juzgado de Instrucción n° 13 de Barcelona en sus Diligencias previas n° 118/2017, una muchedumbre de personas se concentró ante los edificios registrados con la finalidad de impedir por la fuerza a los agentes de la autoridad el legítimo ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de las resoluciones judiciales», obstaculizando, en particular, la salida de la letrada de la Administración de Justicia del lugar donde se practicaron los registros. Estos hechos provocaron que el 22 de septiembre de 2017 se presentara denuncia por el Ministerio Fiscal ante la AN contra don Josep Lluis Trapero Álvarez, doña Teresa Laplana Cocero (mandos policiales), Jordi Sánchez y Jordi Cuixart (presidentes de sendas asociaciones civiles independentistas) por delito de sedición, denuncia a partir de la cual se incoó por el JCI núm. 3 proceso ordinario (Sumario ordinario núm. 7/2018).

Por su parte, en el marco del proceso iniciado contra el presidente de la Generalitat y otros miembros del Consell (DP 3/2017 antes referidas), el 27 de septiembre de 2017 el TSJCat acordó ordenar a los Mossos d'Esquadra, la Guardia Civil y la Policía Nacional «[…] impedir hasta el 1 de octubre el uso de locales o edificios públicos para preparar la celebración del referéndum procediendo ese día al cierre de todos aquellos que hubiesen llegado a abrirse así como a requisar todo el material relacionado con el referéndum que, en su caso, estuviera en disposición de introducirse o fuera hallado dentro de dichos locales o edificios incluyendo los ordenadores que se utilizasen en la comisión de los hechos investigados. Se decidió que serían los Mossos d'Esquadra los que, por tener la competencia de seguridad ciudadana, deberían clausurar los centros de votación previstos antes de que se iniciase la votación. Sin embargo, lejos de ello, la actuación de los Mossos el día 1 de octubre fue dirigida a obstruir cualquier actuación que bloquease el plan estratégico hacia la independencia. De esta forma se siguió la pauta anunciada previa y públicamente por los responsables políticos mencionados: Joaquín Forn Chiariello, Pere Soler Campins, y, en la medida correspondiente, Cèsar Puig i Casañas. Los responsables operativos del Cuerpo ejecutaron por acción y/o por omisión dicho mandato político. Simularon para el 1 de octubre un dispositivo engañoso y fraudulento, conduciendo a sus subordinados a una dejación auténtica de funciones, incumpliendo el mandato judicial y diferentes aspectos legales recogidos en nuestro ordenamiento jurídico».

Estos hechos, ocurridos el 1 de octubre de 2017, pasaron a ser investigados en el proceso que ya había sido incoado ante el JCI núm. 3 (Sumario ordinario 7/2018). El Auto de procesamiento dictado en este proceso (4 de abril de 2018) describe las conductas atribuidas a los procesados en estos términos: «La finalidad inmediata de don Josep Lluis Trapero Álvarez y doña Teresa Laplana Cocera en los hechos que tuvieron lugar los días 20 y 21 de septiembre de 2017, antes descritos, estaba orientada a impedir que funcionarios de la Administración de Justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado pudieran desarrollar sus funciones en cumplimiento de la ley y de las resoluciones dictadas por una autoridad en el seno de un procedimiento judicial. Por su parte, la finalidad inmediata de don Josep Lluis Trapero Álvarez, don Pere Soler Campins y don Cèsar Puig i Casañas en los actos que se sucedieron hasta el día 1 de octubre de 2017 fue desatender el mandato

recibido desde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y con ello el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. La finalidad última de todos ellos, actuando en el sentido descrito, era conseguir la celebración del referéndum y con ello la proclamación de una república catalana, independiente de España, siendo plenamente conscientes de que desarrollaban una actuación al margen de las vías legales impidiendo la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto y, en particular, de la norma fundamental de todos los españoles, la Constitución».

Incoada la Causa especial 20907/2017 ante el TS, el Alto Tribunal solicita informe al JCI núm. 3 sobre este proceso ordinario núm. 7/2018 —que, como veremos, había ampliado su objeto a la querella interpuesta el 30 de octubre de 2017 contra los anteriores miembros del Consell—, y el TS decidió acumular este proceso ordinario a la Causa especial, habida cuenta de la identidad de los hechos en ambos procesos, si bien el TS entendió que las conductas realizadas por los mandos policiales y sus responsables políticos resultaban escindibles, por lo que resolvió que respecto de ellos la causa continuara ante la AN.

La competencia de la AN para conocer de esta causa no descansa en ningún fuero personal de los querellados, sino en un fuero *ratione materiae*, esto es, en los delitos cuya comisión se atribuía a los procesados, y ello en el entendimiento de que la rebelión y la sedición son delitos contra la forma de Gobierno (art. 65.1.a LOPJ).

De este modo, en el proceso ordinario seguido ante el JCI núm. 3 se dictó Auto de procesamiento formalizando la imputación contra 1) don Josep Lluis Trapero Álvarez (mayor de los Mossos d'Esquadra); 2) doña Teresa Laplana Cocera (intendente); 3) don Pere Soler Campins (director general de los Mossos d'Esquadra); y 4) don Cèsar Puig i Casañas (secretario general del Depto. de Interior de la Generalitat) por dos delitos de sedición contemplados en el art. 544 del Código Penal, en relación a los hechos acaecidos durante los días 20 y 21 de septiembre de 2017 y 1 de octubre de 2017, así como de un delito de organización criminal del art. 570 bis del Código Penal. No obstante, las posteriores calificaciones provisionales presentadas por el MF tipifican los hechos como constitutivos de los delitos de rebelión y sedición.

Algunos de los procesados (Sr. Puig i Casañas; Sr. Soler i Campins), plantean declinatoria de jurisdicción alegando que la AN carece de competencia para conocer de estos delitos. Por Auto de 22 de febrero de 2019, la Sala de lo Penal de la AN desestima la declinatoria y confirma su competencia con base en un detallado análisis de las normas que habían atribuido a la AN el conocimiento de los delitos de rebelión, concluyendo que actualmente dicha competencia descansa en el primer párrafo de la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la LECrim, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas cometidas por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o *rebeldes* cuando la comisión del delito contribuya a su actividad […]» (cursiva de la autora). Este Auto es confirmado por el Auto de la AN (Sala de Apelaciones) de 2 de julio de 2019.

1.2. PROCESOS INICIADOS TRAS LA APLICACIÓN DEL ART. 155 CE

1.2.1. Proceso iniciado ante la AN contra el expresidente de la Generalitat y todos los que fueron miembros del Consell de Govern por delitos de rebelión, sedición y malversación (Diligencias previas 82/2017)

El Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 aprobó las medidas requeridas por el Gobierno de la nación al amparo del art. 155 CE, entre ellas el cese del presidente de la Generalitat de Cataluña, del vicepresidente y de todos los miembros del Consell, con la consiguiente pérdida de la condición de aforados. Atendiendo a esta circunstancia, la Fiscalía General del Estado interpuso querella ante la AN contra todos los miembros del anterior Consell[1] que fue admitida por Auto del JCI núm. 3, de 31 de octubre de 2017, dando lugar a un procedimiento (Diligencias previas núm. 82/2017) por delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos.

Tras unas consideraciones sobre la competencia de la AN para conocer de los delitos que se atribuyen, la querella de la Fiscalía narra nuevamente, y en idénticos términos a los de la querella dirigida contra los miembros del Parlament, todos los hechos acontecidos en Cataluña desde que el 9 de noviembre de 2015 el Parlament de Cataluña aprobara la Resolución 1/XI que marcó el inicio del proceso político en Cataluña, describiendo toda la actividad legislativa, administrativa y de ejecución del Gobierno de Cataluña y las diferentes resoluciones del TC que, pese a haber declarado la nulidad de tales actuaciones, habían sido incumplidas.

El Auto de admisión de esta querella, de 31 de octubre de 2017, expone una serie de razonamientos (FJ 2) para afirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de rebelión y sedición. Comienza afirmando que el art. 65.1º a) LOPJ establece que la Sala de lo Penal de la AN es competente para el enjuiciamiento de las causas por «[…] delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y *forma de Gobierno*». Explica el Auto que tales delitos se correspondían con los previstos en el CP de 1973 (Capítulo Primero, Título II del Libro II). La tercera sección de este capítulo se refería a los «Delitos contra la forma de Gobierno» y «[…] contenía dos artículos, el primero de los cuales, art. 163, castigaba a «El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, a *cambiar ilegalmente la organización del Estado* o a despojar en todo o en parte al Jefe del Estado de sus prerrogativas y facultades». Y el art. 164 castigaba a «Los que en las manifestaciones o reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia dieren vivas u otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a la realización de cualquiera de los fines determinados en el artículo anterior. 2.º Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos, leyeren o repartieren impresos o llevaren lemas o banderas que provocaren directamente a la realización de los fines mencionados en el artículo anterior». Es evidente que la propia redacción de estos preceptos abona la estimación como delito contra la forma de Gobierno de los actos encaminados o dirigidos a romper la organización territorial del Estado (título VIII de la CE) y separar del mismo una parte de su territorio quebrantando el principio de la unidad de la nación española (art. 2 CE). *Por ello, la descripción típica del delito de sedición en el Código Penal vigente encajará en las conductas*

materiales descritas en el delito contra la forma de gobierno si los actos se ejecutan con el propósito de cambiar ilegalmente la organización del Estado. Igual razonamiento puede efectuarse respecto al delito de rebelión contenido en los apartados 1º y 7º del art. 472 del Código Penal. Y por los mismos motivos, el delito de rebelión contenido en el apartado 5º del art. 472 del Código Penal siempre será competencia de la Audiencia Nacional, ya que el citado precepto contempla expresamente que el alzamiento público y violento tenga por finalidad precisamente declarar la independencia de una parte del territorio nacional, lo que supone de forma evidente el propósito de cambiar ilegalmente la organización del Estado». (Énfasis de la autora). El Auto concluye afirmando que los delitos a los que se refiere el art. 65.1.a LOPJ no se corresponden necesariamente con un título o capítulo concreto del CP, sino con diferentes tipos penales cuando concurran determinadas circunstancias. Por ello, «[…] la competencia para el conocimiento de los hechos objeto de la querella formulada por el Ministerio Fiscal corresponde a este Juzgado, por suponer un atentado contra la forma de Gobierno (al tratar de cambiar ilegalmente la organización territorial del Estado y declarar la independencia de una parte del territorio nacional), lo que determina la competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Cuando, incoada la Causa especial ante el TS, se recibió el informe solicitado al JCI núm. 3 sobre los antecedentes fácticos, investigativos y procesales de este proceso contra los miembros del anterior Consell, el TS decidió que parte de los hechos objeto del mismo —concretamente, los que se atribuyen a los anteriores miembros del Consell y a los líderes de las asociaciones civiles independentistas— se separasen de esa causa ante la AN y pasaran a ser investigados y juzgados ante el TS por la conexión material de los hechos, quedando a cargo de la AN el proceso ordinario contra los mandos policiales y sus representantes políticos al que hemos hechos referencia en el anterior epígrafe.

1.2.2. Proceso iniciado ante la Sala Segunda del TS contra los miembros del disuelto Parlamento de Cataluña y miembros, en ese momento, de la Diputación Permanente (Causa especial 20907/2017)

El mismo día de la presentación de la querella ante la AN contra todos los miembros del Consell (30 de octubre de 2017), la Fiscalía General del Estado presentó otra querella por ante la Sala Segunda del TS por delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos contra la expresidenta del Parlament de Cataluña (Dña. Carmen Forcadell) y otros miembros de la Mesa del Parlamento disuelto. Los querellados seguían siendo aforados ante el TSJCat por su condición de miembros de la Diputación Permanente; sin embargo, el TS se declaró competente para conocer de esta causa en atención a que parte de los hechos atribuidos se habían cometido fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, circunstancia que, según el art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), determinaba que la competencia correspondiera al TS.

Por Auto de 31 de octubre de 2017, la Sala Segunda del TS admitió la querella, se declaró competente para conocer de esta causa y designó como magistrado instructor de la misma al juez Pablo Llarena.

Por resolución de 14 de noviembre de 2017, el TS acordó solicitar al JCI núm. 3 que informara de los «[…] antecedentes fácticos, procesales e investigativos, de los dos procedimientos que se tramitan en el citado Juzgado relacionados con los hechos delictivos de la presente causa —querella de la Fiscalía General del Estado contra distintos integrantes del Consejo de Gobierno de Cataluña y Diligencias previas 82/2017 contra Jordi Sánchez Picanyol y Jordi Cuixart Navarro—, que se entiendan relevantes en orden a evaluar la pertinencia de la acumulación de todos ellos, y que se emplazara a las partes personadas en los procesos allí instruidos para que, en el mismo término, informaran directamente a esta Sala sobre la eventual acumulación de los procesos».

Asimismo, se reclamó el envío de la causa pendiente ante el TSJ Cat contra Carmen Forcadell y otros miembros de la Mesa del Parlament (DP 1/2016), tal como hemos visto antes (providencia de 20 de noviembre de 2017).

En respuesta a la petición del TS, el JCI núm. 3 de la AN informó de que las «[…] referidas Diligencias previas fueron incoadas con ocasión de una denuncia presentada por el Ministerio Fiscal en fecha 22 de septiembre de 2017 contra D. Jordi Sánchez Picanyol, D. Jordi Cuixart Navarro, D. Josep Lluis Trapero Alvarez y Dña. Teresa Laplana Cocera, habiéndose extendido ese procedimiento a la investigación de los hechos que el Ministerio Fiscal reflejó en una querella, presentada el 30 de octubre de 2017, contra los que fueron miembros del Consejo Ejecutivo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña en la fecha de los hechos» (D. Carles Puigdemont y demás miembros del Consell). Se deduce de ello que la AN había unificado en un solo procedimiento dos causas hasta ese momento separadas: la que se dirigía contra los mandos policiales y representantes de asociaciones civiles, y la que se dirigía contra los miembros del Consell, pasando a considerar que todos los hechos, si bien realizados desde diferentes ámbitos de actuación, formaban parte de una estrategia común.

Tras el informe remitido por el JCI núm. 3, el TS concluyó que, en atención a la plena coincidencia entre los hechos investigados en el proceso ante la AN y los que estaban siendo investigados por el TS (repárese en que las querellas que dieron lugar a la incoación de esos procedimientos contenían idéntico relato de los hechos), procedía ampliar el espacio subjetivo de la causa especial y extenderla al conocimiento de los hechos reflejados en la querella interpuesta ante la AN contra los anteriores miembros del Consell, escindiendo no obstante de esa causa los hechos delictivos atribuidos a los responsables de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Cabe, por tanto, concluir —sin perjuicio que en el siguiente apartado se analizan los argumentos en los que descansa esta decisión— que la competencia del TS para conocer de la querella interpuesta contra los miembros de la Diputación Permanente derivaba de su fuero personal y de la consideración de que parte de los hechos se habían cometido fuera del territorio de la Comunidad Autónoma (art. 57.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por su parte, la competencia del TS para conocer del proceso dirigido contra los exmiembros del Consell derivaba de la conexión o identidad entre los hechos sobre los que versaban ambos procesos que se acumularon para facilitar la investigación y la prueba en conjunto de los hechos.

2. LA COMPETENCIA DEL TS PARA CONOCER DE LA CAUSA ESPECIAL 20907/2017

Son diversas las resoluciones en las que el TS debió pronunciarse sobre su competencia para conocer de esta Causa especial. En síntesis, estas resoluciones son las siguientes: el Auto de admisión de la querella por la que se inició la Causa especial; el Auto que resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el anterior Auto de admisión; el Auto que resolvió la declinatoria planteada como artículo de previo pronunciamiento una vez fue remitida la causa a las acusaciones para calificación (art. 666 LECrim); y, finamente, la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, que puso fin al proceso y que, además de reiterar los argumentos expresados en las anteriores resoluciones, se pronunció sobre la pretendida vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y del derecho a la doble instancia. Todo ello sin perjuicio de que, en otras oportunidades procesales (así, en el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento), los acusados alegaran también la falta de competencia del TS para conocer de este proceso, alegación que fue desestimada por remisión a lo declarado en resoluciones anteriores.

2.1. LA COMPETENCIA DEL TS PARA CONOCER DE LA QUERELLA INTERPUESTA CONTRA LOS MIEMBROS DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE SE BASA EN SU FUERO PERSONAL (AFORADOS) UNIDO A QUE PARTE DE LOS HECHOS DELICTIVOS SE COMETIERON FUERA DEL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA (ART. 57.2 ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA)

En el Auto de admisión de la querella iniciadora de esta Causa especial, el TS afirmó su propia competencia entendiendo que la misma se ajustaba a lo previsto en el art. 57.2 del EAC, según el cual «[…] en las causas contra los diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

De acuerdo con ese precepto, la competencia del TS dependía de una doble exigencia: de un lado, que concurriera en los querellados la prerrogativa del aforamiento; de otro, que los hechos atribuidos a los mismos se hubieran producido fuera del territorio de Cataluña. Tal como declara el TS en el auto de admisión: «Acreditada la condición de diputado autonómico, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se revisten de la competencia objetiva *ratione personae*. Pero el juicio competencial definitivo ha de hacerse acumulando al criterio personal otro de naturaleza geográfica, a saber, el lugar de comisión del hecho ilícito».

El primer requisito quedó acreditado desde el momento en que los querellados habían pasado a integrar, por la disolución del Parlamento *ex* art. 155 CE, la Diputación Permanente, manteniendo con ello la condición de aforados. Mayores justificaciones exigía la atribución de competencia atendiendo al lugar en el que se habían cometido los hechos delictivos, y ello porque el objeto de este proceso abarcaba tal heterogeneidad de hechos

—cometidos por diferentes personas, y desde diversos ámbitos de actuación— que la localización geográfica de los mismos admitía cierta flexibilidad.

En este sentido, el TS declaró que el relato fáctico de la querella «[…] parte de la base de una estrategia concertada dirigida a declarar la independencia, que habría tenido como protagonistas a autoridades gubernamentales, parlamentarias y de movimientos sociales ideológicamente afines, cada uno de los cuales habría contribuido a ese objetivo desde el espacio funcional que le es propio. *La existencia de una actuación ejecutada fuera de España, tendencialmente dirigida a hacer realidad el designio independentista, permite tener por colmada, insistimos, a los exclusivos efectos de determinar la competencia objetiva, la referencia geográfica a la que el art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña asocia la competencia de esta Sala*. El carácter plurisubjetivo del delito de rebelión hace perfectamente explicable, a la hora de valorar la verdadera entidad de cada una de las aportaciones individuales, un reparto de cometidos en el que la coincidencia en la finalidad que anima la acción —la declaración de independencia de Cataluña— tolera contribuciones fácticas de muy distinto signo y, precisamente por ello, ejecutadas en diferentes puntos geográficos». (Énfasis de la autora).

Los hechos que habían sido parcialmente ejecutados y producían efectos fuera del territorio autonómico se describían en la querella y en las calificaciones provisionales, así como en el auto que desestimó la declinatoria. Según la Fiscalía, el incumplimiento reiterado por los acusados de las resoluciones del TC, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional, era una actuación que se proyectaba sobre todo el Estado; también el propio delito de rebelión, entendido como delito contra la forma de Gobierno y la CE, producía efectos más allá del territorio de la Comunidad Autónoma; adicionalmente, el procedimiento creado para la celebración del referéndum contaba con delegaciones de la Generalitat en el exterior a las que se les encomendaba funciones para la custodia del voto emitido por catalanes residentes en el extranjero. Por otro lado, la querella incluía un apartado (29) en el que se detallaban «[…] los aspectos internacionales en las distintas fases del proceso independentista» referidos a la actividad de las delegaciones en el exterior durante la jornada del referéndum ilegal, a las campañas internacionales de imagen de la Generalitat, a la creación de páginas web internacionales, a la dimensión internacional de la logística del referéndum y a la internacionalización del conflicto mediante la contratación y financiación de expertos y observadores internacionales, entre otros.

Contra el ATS, de 31 de octubre de 2017, por el que se admitió la querella, algunos querellados interpusieron recurso de súplica en el que cuestionaban la interpretación que el TS había realizado del art. 57.2 EAC. Según los recurrentes, el TS había afirmado su competencia de forma prematura y con base en el relato de hechos de la querella, sustentado la aplicación de ese precepto en una vaga referencia a la proyección internacional del conflicto, pero sin concretar suficientemente los actos ejecutados en el extranjero y sin especificar, con respecto a los mismos, los elementos típicos de los delitos que se les imputaban. El TS desestimó este recurso en el Auto de 18 de diciembre de 2017, resolución en la que vertió razonamientos similares a los que había expresado en el Auto de admisión, añadiendo, en respuesta a las alegaciones planteadas, que la decisión recurrida

solo podía basarse —considerando el momento procedimental en el que se hallaba— en los hechos narrados en la querella, y que sería la instrucción la que determinaría la concurrencia o no de los hechos; además, ante alegación de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el TS avanzó que la vulneración de las normas de competencia no tiene dimensión constitucional en la medida en que son infracciones de legalidad ordinaria que no pueden resultar lesivas de aquel derecho fundamental: «[…] es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/1984, de 26 de marzo, 8/1998, de 13 de enero, 93/1998, de 4 de mayo y 35/2000, de 14 de febrero, entre otras). El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad. Lo que no sucede en el presente supuesto […]».

Cabe no obstante apuntar, en relación con la alegación de las defensas de que la competencia del TS había sido asumida de forma prematura y atendiendo al relato de hechos de la querella, que la doctrina del TS había sido proclive a declarar que la remisión de una causa ante el tribunal competente por razón del aforamiento, cuando la misma procede de un tribunal territorialmente competente, exige que prácticamente esté agotada la instrucción, debiendo dejar constancia —en la exposición razonada que debe remitir ese tribunal— de la existencia de los indicios racionales de criminalidad. Como declara el ATS, Sala 2ª, de 2 de octubre de 2012, «[…] con carácter previo a una posible asunción de dicha competencia, de conformidad con la doctrina sentada ya en la sentencia 189/90, de 15 de noviembre, debe agotarse la instrucción de la causa, a fin de permitirse una más fundada decisión no ya sobre la racionalidad de los indicios de existencia de infracción penal, sino de los que pueda haber de participación en ella del aforado y ello recibiendo su declaración al amparo del art. 118 bis LECrim».

En todo caso, la instrucción de esta Causa especial estuvo marcada por la reclamación de testimonios de diligencias que obraban en otros procedimientos —en particular, en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona—, lo que llevó a los investigados a alegar la vulneración del derecho de defensa porque no había tenido la posibilidad de participar en aquellas diligencias de investigación. El ATS, Sala 2ª, de 25 de julio de 2018, dictado en esta Causa especial (Roj: ATS 8692/2018), declaró que no existe tal vulneración, pues se trababa de aprovechar actuaciones obrantes en un procedimiento anterior sin limitar las posibilidades investigativas de estos hechos y sin perjuicio de la posterior valoración por el instructor de las diligencias incorporadas: «En cualquier caso, las partes, tanto acusadoras como acusadas, tienen la oportunidad de conocer y contradecir dicho material, una vez incorporado a la causa, con las alegaciones, precisiones y aportaciones que tengan por conveniente, preparando la efectividad de la contradicción que, en su momento, tendrá pleno efecto en el acto del juicio oral. Y ello, tanto si se

trata de elementos documentales, como testificales, a los que en concreto se refieren en esta ocasión la recurrente».

2.2. EL POSIBLE CAMBIO DE CRITERIO DEL TS PARA AFIRMAR SU COMPETENCIA: DEL CRITERIO NATURALÍSTICO SOBRE EL LUGAR DE LA COMISIÓN DEL DELITO AL CRITERIO DE LA UBICUIDAD

En el Auto de admisión de la querella iniciadora de la Causa especial, el TS recuerda, para afirmar su competencia, la teoría de la ubicuidad, en virtud de la cual el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo (Acuerdo de pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005): «Sin embargo, para reivindicar su aplicabilidad no puede identificarse el resultado del delito con los efectos del delito, por más que estos puedan implicar, por su propia naturaleza, la destrucción del Estado de Derecho. Y es que los efectos no forman parte del tipo. La necesidad de esta clarificación es obligada, sobre todo, si se repara en que algunos de los delitos por los que se interpone la querella son delitos de tendencia que, por definición, no exigen que se produzca el resultado para su consumación. En cualquier caso, el delito de rebelión adquiere una incuestionable vocación territorial proyectada sobre el conjunto del Estado».

En el planteamiento de la declinatoria, las acusaciones alegaron que, en un supuesto anterior, el TS se había pronunciado a favor de la competencia del TSJCat pese a que los efectos o resultados de los delitos imputados se habían proyectado fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. El proceso en cuestión había sido iniciado por querella presentada por un partido político (UPyD) ante el TS contra el entonces presidente de la Generalitat; el TS se declaró incompetente y atribuyó la competencia al TSJCat porque entendía que todos los elementos del tipo se habían producido en el territorio de la Comunidad Autónoma. Tal como declaró el Auto de 12 de noviembre de 2014 (Causa especial 20753/2014) en su FJ 2, «[…] las conductas objeto de la querella y posteriores ampliaciones se han desarrollado en el ámbito de la Comunidad Autónoma Catalana. Las repercusiones o trascendencia más allá de esa circunscripción no alteran esa realidad. El lugar de comisión de las infracciones a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia ha de entenderse en un sentido predominantemente naturalístico: donde se llevan a cabo las acciones o acaecen los resultados tipificados como delito. Que esa actividad puede trascender a otros lugares no habilita para dar pábulo a voluntariosos esfuerzos que muten ese cristalino criterio legal competencial, establecido a nivel de legislación orgánica, que conecta con el constitucional derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE)».

Al resolver la declinatoria (Auto de 27 de diciembre de 2018), el TS declaró que no había existido cambio de criterio, sino que los hechos que se juzgaban en aquel proceso presentaban otra tipicidad: «[…] la querella que determinó la incoación de aquella causa penal había sido formulada por los delitos de desobediencia, prevaricación y usurpación de funciones. Nada tiene que ver la tipicidad de los hechos que los querellantes atribuían al entonces presidente de la Generalitat y los que ahora son objeto de acusación. […] un delito de desobediencia se ha de considerar cometido en el lugar donde se desenvuelve la

actividad prohibida o impedida; o donde debiera haberse llevado a cabo la conducta omitida (si es una desobediencia pasiva), con independencia del lugar donde pudo ser emitida la orden o de la sede del órgano del que emane el mandato incumplido […]. El delito de prevaricación ha de ser investigado por el órgano judicial del territorio en el que se ha dictado la resolución injusta y el delito de usurpación de funciones solo puede ser conocido por el juez del lugar en el que se han ejecutado los actos mediante los que el sujeto activo se arroga una facultad legal de la que carece (cfr. arts. 7, 404 y 508 del CP)».

En similares términos se pronuncia la STS 459/2019, de 14 de octubre, que sobre esta cuestión (FJ 4.1.2) se remite al siguiente pasaje del ATS de 27 de diciembre de 2018: «[…] la lectura de los escritos de acusación debe abordarse desde la tantas veces reiterada por esta Sala doctrina de la ubicuidad, según la cual, el delito se comete en cualquiera de los territorios donde se realizan algunos de los elementos del tipo. Y está fuera de dudas que cuando nuestros precedentes se refieren a los elementos del tipo estamos abarcando, tanto aquellos incluibles en el tipo objetivo como en el subjetivo. De ahí que la atribución por el fiscal a algunos de los procesados de actos ejecutivos, no necesariamente violentos pero vinculados al elemento tendencial del delito por el que se formula acusación (cfr. art. 472.5º), justifica la aplicación del art. 57.2 del Estatuto de Autonomía que señala a esta Sala como el órgano competente para la investigación y enjuiciamiento de hechos ejecutados fuera del territorio de la comunidad autónoma (cfr. ATS 27 diciembre 2018)».

2.3. LA COMPETENCIA DEL TS PARA CONOCER —EN LA MISMA CAUSA ESPECIAL— DE LOS HECHOS ATRIBUIDOS AL EXPRESIDENTE DE LA GENERALITAT Y A LOS ANTERIORES MIEMBROS DEL CONSELL (NO AFORADOS) SE BASA EN LA CONEXIÓN MATERIAL INESCINDIBLE CON LOS HECHOS ATRIBUIDOS A LOS AFORADOS

En el anterior apartado hemos expuesto los argumentos que condujeron al TS a afirmar su competencia para conocer de la querella dirigida contra los miembros de la Diputación Permanente, aforados —en principio— ante el TSJCat, pero también ante el TS, por razón de la extraterritorialidad de los hechos delictivos. Corresponde ahora analizar las razones por las que el TS conoció también de los hechos atribuidos a otro grupo de personas que no tenían la prerrogativa del aforamiento. Estas razones, que ya han sido apuntadas, descansan en la conexidad o identidad entre los hechos objeto del proceso pendiente ante el TS y los que constituían el objeto del proceso pendiente ante la AN, identidad que imponía la necesidad de que la instrucción y el enjuiciamiento de todos ellos se llevara a cabo en un único proceso, facilitando con ello la investigación y la prueba de conjunto e impidiendo que unos mismos hechos delictivos se fragmentaran en distintos procesos.

La plena identidad entre los hechos objeto de ambos procesos era evidente si se repara en que la querella presentada —el mismo día— ante los distintos tribunales (TS y AN) contenía el mismo relato de hechos, relato que parecía imponer la exigencia de ir más allá de una consideración particular, aislada o individual de las conductas atribuidas a los querellados y estimar que la actuación de todos ellos debía valorarse en conjunto, dado

que cada uno de ellos, desde el ámbito de actuación que le era propio, había realizado una conducta que formaba parte de una estrategia común y que estaba dirigida a la consecución de un objetivo determinado. Como declara el Auto de admisión de la querella, hubo «[…] una estrategia concertada dirigida a declarar la independencia, que habría tenido como protagonistas a autoridades gubernamentales, parlamentarias y de movimientos sociales ideológicamente afines, cada uno de los cuales habría contribuido a ese objetivo desde el espacio funcional que le es propio».

La unificación de los dos procesos en un mismo procedimiento era, por tanto, una exigencia de racionalización y funcionalidad del proceso, facilitando su tramitación y evitando sentencias contradictorias. Y es que el delito de rebelión tiene un carácter plurisubjetivo, de manera que, para determinar la autoría del mismo y el reparto de funciones entre los diferentes intervinientes, es necesaria «[…] una valoración conjunta de las actuaciones, pues solo la suma de lo aportado por cada uno de los comportamientos individuales permite apreciar la significación antijurídica de los hechos, y el procedimiento unificado es el único instrumento con que cuentan los tribunales para alcanzar una respuesta simultánea y no contradictoria respecto de la existencia de cada elemento del tipo, y sobre el contenido del injusto que presenta el acontecer histórico. Por ello, aunque es evidente que la intervención de los distintos actuantes ha tenido una sustantividad material propia, lo que marca la necesidad del enjuiciamiento conjunto, es que no pueda alcanzarse un pronunciamiento sobre el objeto del proceso, si no se analizan integralmente las actuaciones desarrolladas por aquellos y el cuadro de intenciones que les inspiraba. Una agrupación procesal que afecta necesariamente a la competencia y que viene expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 272 de la LECrim, al imponer la exigencia de que cualquier querella se presente ante el juez de instrucción competente, y añadir que: "Si el querellado estuviese sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal, ante este se interpondrá la querella. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos, y alguno de aquellos estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito" (ATS, Sala 2ª, de 24 de noviembre de 2017, que decide sobre la acumulación)»

Siendo, pues, que la decisión de acumular la causa contra los no aforados a la Causa especial descansaba en la identidad de los hechos objeto de ambos procesos, tal justificación quiebra cuando se admite que la conducta de determinados sujetos, dirigida igualmente a ese objetivo común, resulta separable o escindible, atribuyendo la competencia para esos procesos bien a la AN (caso de los mandos policiales), bien al TSJCat, como vamos a ver.

2.3.1. La posible vulneración del derecho al juez legal

La competencia afirmada por el TS para conocer de los hechos cometidos por las personas no aforadas implicaba una alteración para estas últimas de su derecho al juez predeterminado por la ley y de su derecho a la doble instancia, al ser juzgados directamente por el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales. Tales vulneraciones

fueron puestas de manifiesto en diversos momentos de la instrucción y en el trámite de las cuestiones previas celebrado al comienzo de las sesiones del juicio oral, en el que las defensas alegaron la falta de competencia del TS al «[…] haberse realizado la totalidad de los elementos típicos de los delitos que las acusaciones atribuyen a los procesados íntegramente en territorio catalán».

El TS respondió a tales alegaciones en el FJ 4 de la Sentencia 459/2019 mediante una aclaración relativa a la circunstancia sobrevenida de que algunos de los acusados habían adquirido, durante la pendencia del proceso, la condición de aforados (Sres. Sánchez, Turull, Rull y Junqueras —diputados—, Sr. Romeva —senador—), por lo que resultaba necesario el fuero especial para ellos en virtud del art. 71.3 CE. Además, el TS, recordó una serie de precedentes en los que el carácter inescindible de los hechos había determinado su competencia para enjuiciar a no aforados junto con aforados (ATS, de 1 de julio de 2009, recaído en la Causa especial 2026/2009; ATS de 24 de junio de 2015, dictado en la Causa especial 20619/2014 —caso *ERES*—; STS 152/2005, de 24 de febrero, dictada en la Causa especial 20222/2012; y STS 597/2014, de 30 de julio, dictada en la Causa especial 20284/2012).

El TS continuó su argumentación declarando que, para las personas aforadas, el derecho al juez legal no quedaba vulnerado porque la competencia del TS venía determinada por el art. 57.2 EAC, tal como hemos visto antes; y que, en el caso de las personas no aforadas, la competencia del TS venía determinada por la conexión material inescindible, al juzgarse unos mismos hechos cometidos por diferentes personas.

A pesar de ese carácter inescindible, el TS estimó que existe un grupo de acusados (D. Lluis María Corominas, D. Lluis Guinó, Dña. Anna Isabel Simó, Dña. Ramona Barrufet, D. Joan Josep Nuet y Dña. Mireia Aran Boya) a los que no se les imputaba la presunta comisión del delito de rebelión, sino el de desobediencia continuada, y que estos hechos eran separables del resto de la causa, lo que permitía que el enjuiciamiento de los mismos correspondiera al TSJCat en atención a la condición de aforados de algunos de los acusados. Esta decisión se basó en varias razones. De un lado, en la conveniencia de mantener un criterio restrictivo a la hora de decidir sobre la conexión en los procesos con aforados, tal como permite la nueva regulación de la LECrim en materia de conexidad —que introduce criterios de racionalidad con el fin de evitar el automatismo en las decisiones relativas a la acumulación de causas—. «La previsible duración de la causa especial que nos ocupa, la continuada presencia de los procesados durante las prolongadas sesiones del juicio oral y, en fin, el obligado desplazamiento de quienes solo van a responder del delito de desobediencia, sugieren a la Sala desgajar esa secuencia fáctica para su enjuiciamiento en Barcelona». A estas razones de operatividad, el TS añadió que algunos de los seis procesados por el delito de desobediencia «[…] carecen en la actualidad de aforamiento. Las consecuencias derivadas de un enjuiciamiento por conexión de personas no aforadas añaden razones para no ensanchar, más allá de lo estrictamente necesario, el ámbito objetivo y subjetivo del proceso».

2.3.2. La posible vulneración del derecho a la doble instancia

En respuesta a la alegación de los acusados relativa a que la competencia del TS para juzgar a los no aforados implicaba la vulneración del derecho a la doble instancia penal, el TS recordó, en primer lugar, el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España mediante instrumento publicado en el BOE el 15 de octubre de 2009, en cuya virtud: «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o *cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional* o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución». (Énfasis de la autora). Consecuentemente, el TS entendió que no existe vulneración de tal derecho pues si bien el derecho al recurso en materia penal forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se trata de un derecho de configuración legal, de modo que el legislador puede establecer los límites marcados por la citada norma. Además, el TS declaró que el conocimiento de este proceso por el más alto órgano jurisdiccional se efectúa con las potestades propias y la amplitud de un tribunal de instancia, esto es, sin las limitaciones que vendrían impuestas por un recurso extraordinario de casación.

No obstante, y atendiendo a que en la causa especial estaban siendo juzgados tanto aforados como no aforados, eran necesarios argumentos adicionales en relación con estos últimos. Al respecto, el TS se basó en la doctrina del TC y del TEDH para casos similares que justificaban esas decisiones en el hecho de que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal y en que la propia LECrim contempla la posibilidad de que tribunales de aforamiento asuman la competencia para juzgar a personas no aforadas por razón de la conexidad (art. 272 III LECrim), siendo lo determinante para constatar la no vulneración del derecho al recurso la motivación del carácter inescindible de los hechos y de la correlativa necesidad de un enjuiciamiento conjunto.

El TS concluyó afirmando que, en este caso, la decisión de acumular el conocimiento de los hechos atribuidos a los no aforados con los hechos atribuidos a personas aforadas resultaba justificada, atendiendo al carácter colectivo o plurisubjetivo de las conductas y a la necesidad de un enjuiciamiento conjunto que evitara la fragmentación de la causa: «[…] la Sala ha optado por no provocar una artificial ruptura del relato histórico, tal y como había sido delimitado provisionalmente por las acusaciones. La acusación referida a los delitos de rebelión y sedición —infracciones penales de comisión plural y ejecución colectiva— hacía aconsejable no fragmentar el hecho justiciable. De lo contrario, se corría el riesgo de generar dilaciones indebidas carentes de toda justificación. Pero era también necesario excluir la falsa idea de que todo aquel que hubiera resultado imputado en otro órgano jurisdiccional por cualquiera de esos dos tipos penales habría de ser incorporado a la causa seguida ante esta Sala. Es perfectamente posible en términos jurídicos una inescindibilidad limitada a uno de los escalones participativos en la ejecución de los hechos».

NOTAS

1. La querella por la presunta comisión de los delitos de rebelión, sedición y malversación se dirige contra: D. Carles Puigdemont i Casamajó, president; D. Oriol Junqueras i Vies, titular del Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda, D. Jordi Turul i Negre, conseller de Presidencia; D. Raül Romeva i Rueda, conseller del Departamento de Asuntos Internacionales, Relaciones Institucionales y Transparencia; D. Antoni Comín i Oliveres, conseller de Salud; D. Josep Rull i Andreu, conseller de Territorio y Sostenibilidad; Dª. Dolors Bassa i Coll, consellera de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia; Dª. Meritxell Borràs i Solé, consellera de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda; Dª. Clara Ponsatí i Obiols, consellera de Enseñanza desde mayo 2016; D. Joaquim Forn i Chiariello, conseller de Interior desde julio 2017; D. Lluís Puig i Gordi, conseller de Cultura desde julio 2017; D. Carles Mundó i Blanch, conseller de Justicia desde enero de 2016; D. Santiago Vila i Vicente, conseller de Cultura y desde el 3 de julio de 2017 conseller de Empresa y Conocimiento, y Dª. Meritxell Serret i Aleu, consellera de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

SECUENCIA PRUEBA TESTIFICAL Y DOCUMENTAL VIDEOGRÁFICA
WITNESS EVIDENCE AND VIDEO DOCUMENTARY SEQUENCE

Andrea Planchadell Gargallo

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat Jaume I de Castellón

RESUMEN

En estas páginas se analiza la posible vulneración al principio de contradicción y, consecuentemente, el derecho a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión por parte de los acusados por delitos de rebelión y sedición por el enjuiciamiento de los hechos acaecidos en Cataluña entre septiembre y octubre de 2017 ante la decisión del Tribunal de no permitir la exhibición de la prueba documental videográfica al tiempo que los testigos prestaban declaración para poder contrastar la veracidad de sus declaraciones con lo que en dichos vídeos se podía ver. Para ello, se analiza, junto con la trascendencia del principio de contradicción en la actividad probatoria, las posibilidades que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece a las partes (y al Tribunal) para corroborar las declaraciones testificales en el juicio oral y si lo pretendida por las partes era necesario para conformar la decisión judicial y si su no realización podría suponer afección de derechos fundamentales procesales.

PALABRAS CLAVE

Corroboración de testimonio, derecho de defensa, principio de contradicción, prueba documental; Prueba testifical; Veracidad del testimonio.

ABSTRACT

In these pages, we analyze the possible violation of the principle of contradiction and, consequently, the right of a procedure with all the guarantees and the right to defense by those accused of rebellion and sedition at the trial of the facts happened in Catalonia between September and October 2017. In particular, we review the decision of the court of not exhibiting the video documentary evidence at the same time that the witnesses testify in order to contrast the veracity of their declarations with the content of the videos. To do so, we assess the possibilities that the Act of Criminal Procedure offers to the parts (and the court) to corroborate the witnesses' declarations at the hearings and if that pretended by the parts was necessary to conform the judicial decision, besides if the non-realization could affect the procedural fundamental rights.

KEY WORDS

Corroboration of witness, right to defense, principle of contradiction, documentary evidence, witness evidence, veracity of witness.

SECUENCIA PRUEBA TESTIFICAL Y DOCUMENTAL VIDEOGRÁFICA

Andrea Planchadell Gargallo
Catedrática de Derecho procesal
Universitat Jaume I de Castellón

1. INTRODUCCIÓN

Tras la exposición de los antecedentes de hecho y la relación de hechos probados, los primeros 182 folios de la STS 459/2019, de 14 de octubre, se centran en no pocos y trascendentales aspectos procesales. Así, los primeros Fundamentos de Derecho recogidos en los 16 números de la letra A) analizan la posible vulneración de un abanico importante de derechos procesales: los derechos fundamentales a la sobreprotección de la unidad territorial de España, el derecho a utilizar la lengua catalana durante la celebración del proceso y a ser juzgados por los jueces de Cataluña —y, por ello, la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías—, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (arts. 24. 1 y 2 CE), los derechos al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia (arts. 23 CE, 6 CEDH y 14 PIDCP, así como art. 57.2 de la Ley Orgánica 672006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), el derecho al juez imparcial (arts. 4 CEDH y 24 CE), el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías —porque el juicio se preparó cuando los acusados se encontraban en situación de privación del libertad (arts. 17 y 24 CE) y sin respetar el derecho de los letrados «a gozar del descanso laboral y la conciliación familiar»—, el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías —por no garantizar el acceso completo a las actuaciones realizadas (arts. 6 CEDH y 24 CE)—, nuevamente el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías —esta vez por impedirse la aportación de testimonio íntegro de las diligencias practicadas ante el Juzgado de Instrucción (arts. 6 CEDH y 24 CE)—, el derecho a la presunción de inocencia —por unas declaraciones vertidas en la cadena BBC por la Secretaría

de Estado y otros líderes políticos (arts. 6.3 CEDH y 24 CE)—, el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías —por denegación de medios de prueba propuestos por la defensa en tiempo y forma (arts. 6 CEDH y 24 CE)—, el derecho a un proceso con todas las garantías —por permitir el ejercicio de la acción popular a un «partido político machista y xenófobo»—, los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión —por la alegada «aplicación de un Derecho procesal de excepción»—, el principio de legalidad, los derechos a la integridad física y moral —mediante actos policiales calificados como tortura—, el derecho a la libertad —por detención arbitraria de un acusado (art. 17 CE)—, diversos derechos cuya vulneración sobrevenida se produjo durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral —el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa (por restricción de los interrogatorios), el derecho a la igualdad de armas (por el rol acusatorio eventualmente asumido por el presidente del Tribunal)— y otros derechos fundamentales como causa de exclusión de la tipicidad (derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión, libertad ideológica, derecho a la representación política, derecho de asociación y estado de necesidad).

2. PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 459/2019, DE 14 DE OCTUBRE DE 2019 (*Tol 7515425*)

Nuestro objeto de análisis es la alegación contenida en el numeral 16 de la referida letra A) («Vulneraciones de derechos sobrevenidas y que se habrían generado durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral»), que recoge la respuesta del Tribunal a la protesta formulada por las defensas respecto de un conjunto de alegaciones realizadas durante los cuatro meses en que se celebraron las sesiones del juicio oral. El TS respondió en su momento a esas alegaciones, pero, a juicio de las defensas, la solución ofrecida por la Sala Segunda en su réplica suponía una vulneración de los derechos fundamentales de los acusados.

De todas las alegaciones referidas al derecho a un proceso con todas las garantías a las que hemos aludido *supra*, en estas páginas vamos a centrarnos específicamente en el análisis de una de ellas: la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la denegación de la posibilidad de confrontar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica.

2.1. ALEGACIONES DE LAS DEFENSAS

Las defensas de los acusados por los delitos de rebelión y sedición formularon protesta ante la negativa de la Sala a autorizar la «exhibición de la prueba documental videográfica a los testigos declarantes» con la finalidad de «contrastar la veracidad de las manifestaciones del testigo», negativa que, para las defensas, constituía una vulneración del principio de contradicción.

Los letrados de los acusados manifestaron que a lo largo del juicio oral prestaron declaración testigos que mintieron o exagerado ostensiblemente, y que fue imposible poner de manifiesto y corroborar dichas «falsedades» porque «[…] durante la exhibición de la prueba documental a los letrados no se les permitió glosar su contenido ni razonar las conclusiones que extraían del documento videográfico respecto de la credibilidad de los testigos que habían depuesto semanas o meses antes». Según las defensas, la imposibilidad de exhibir los vídeos al tiempo que los testigos declaraban para poner de manifiesto las posibles contradicciones entre lo que se declaraba en la Sala y el material probatorio de carácter videográfico cuyo visionado simultáneo a la práctica de la prueba testifical denegó el TS generaba una clara afectación del principio de contradicción y del derecho de defensa.

En particular, las defensas de los Sres. Junqueras y Romeva insistieron en que la exhibición de tal material ante quien declara en el juicio oral es de utilidad para la formación de la convicción del juzgador, por lo que consideraban fundamental que se sometiera a contradicción el material videográfico con la fuente de prueba testifical en aquellos supuestos en que fuera imprescindible o «simplemente útil».

2.2. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL

La Sala consideró que la vulneración alegada por las defensas derivaba de una incorrecta interpretación constitucional del principio de contradicción, principio esencial de todo proceso para que este pueda ser reputado como tal y que posibilita, además, el ejercicio del derecho de defensa.

El Tribunal Constitucional ha enfatizado que el principio de contradicción es una de las «[…] reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, de 30 de marzo) cuya ausencia convierte al juicio justo «en una simple quimera». En virtud de dicho principio, en el proceso penal no puede hacerse ningún pronunciamiento fáctico o jurídico si no ha sido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido (SSTC 144/1997, de 15 de septiembre; 12/2006, de 16 de enero; 93/2005, de 18 de abril; y 143/2001, de 18 de junio); no dependiendo, por tanto, de la calidad de la defensa ejercida.

En la misma línea se sitúa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Van Mechelen vs. Países Bajos*, de 18 de marzo de 1993; *Saïdi vs. Francia*, de 20 de septiembre de 2001; *Unterpertinger vs. Austria*, de 24 de noviembre de 1986 o *Lucà vs. Francia*, de 27 de febrero de 2001). Concretamente, en el caso *A. M vs. Italia*, de 14 de diciembre de 1999, el TEDH establece la regla general de que los medios de prueba deben presentarse ante el acusado en audiencia publica para su debate contradictorio, una regla que admite excepciones, si bien estas solo podrán ser aceptadas «[…] con la salvaguarda de los derechos de defensa». Así, el art. 6. 1 y 3 del CEDH obliga a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias *Van Mechelen y otros*, citada, y *Lüdi vs. Suiza*, de 15 junio 1992). Respecto a las declaraciones testificales, este Tribunal ha entendido que el derecho de defensa se ve afectado cuando la condena se

fundamenta, únicamente o de forma determinante, en las declaraciones de un testigo que el acusado no ha tenido ocasión de interrogar o hacer interrogar ni en fase de instrucción ni en los debates del juicio oral (Sentencias citadas *Van Mechelen, Saïdi, Unterpertinger y Lucà*).

La Sala Segunda del TS considera que las defensas se confunden al identificar el principio de contradicción con la posibilidad de contrastar la veracidad de las declaraciones de los testigos, especialmente mientras el testigo declara; pues ese es, en opinión de la Sala, su contenido.

Desde esta perspectiva, el TS entiende que «contradecir» implica:

a) La posibilidad de interrogar a todos y cada uno de los testigos de la acusación o acusaciones para «neutralizar» su testimonio;

b) La posibilidad de aportar pruebas personales y documentales con las que debilitar o poner en entredicho el valor incriminatorio que pretende atribuirse a las declaraciones y documentos presentados como prueba de cargo.

De forma rotunda, el Tribunal sostiene que no se ha producido limitación alguna en este sentido, sino más bien todo lo contrario, dado se presentaron «[…]centenares de testigos de descargo y miles de páginas de documentos en respaldo de sus tesis» (p. 64 de la STS 459/2019), tal y como queda reflejado en la causa y en la grabación de las sesiones del juicio oral.

La Sala añade que contradecir no es valorar la credibilidad de un testigo mientras este presta declaración, y que, en este sentido no es necesario contrastar continuamente lo que el testigo declara con las demás pruebas. Es en el momento de las conclusiones definitivas y del informe final cuando, al decir del TS, las partes pueden extraer de cada fuente de prueba el valor jurídico que a su parecer deba atribuírsele, y que es necesario —por tanto— que la prueba se haya practicado en su integridad, no que se esté practicando. *A sensu contrario*, dicho contraste sí es necesario cuando lo que se cuestiona es la integridad o autenticidad del documento, supuesto en el que resulta posible la exhibición del documento controvertido.

Finalmente, con el fin de ilustrar la a su juicio errónea concepción del principio de contradicción asumida por las defensas, el Tribunal apunta que uno de los letrados defensores contrastó la declaración prestada por una agente de policía no con lo que reflejaba un vídeo, sino con su propia versión de lo aparecía en el vídeo afirmando «[…] es lo que estoy viendo yo», «[…] convirtiendo lo que tenía que haber sido el examen de un testigo en un insólito careo entre el ciudadano que declara y el letrado que lo interroga» (p. 64).

Con base en lo expuesto, el Tribunal entendió que no se había producido vulneración alguna del principio de contradicción ni limitación del derecho defensa e insistió en que no han sido pocas las fuentes y elementos de prueba del relato de las defensas que la Sala pudo tomar en consideración —por ejemplo, sobre los sucesos del día 1 de octubre de 2017 (declaraciones de los agentes antidisturbios que acudieron a los centros de votación, declaraciones de ciudadanos que acudieron a dichos centros, visionado de los vídeos grabados

por los agentes y los ciudadanos)—, todos los cuales fueron objeto de un examen cruzado por las acusaciones y las defensas.

En cuanto al matiz añadido por la defensa de los Sres. Junqueras y Romeva respecto a la pertinencia de mostrar el material videográfico a quien declare en juicio para contribuir a la formación de la convicción del órgano juzgador, el TS afirmó que construyó el relato histórico de lo ocurrido sin apoyarse en la versión de unos u otros testigos, cuyas declaraciones no fueron tomadas como referencia para construir el juicio de autoría por entender que los centenares de testigos que declararon en el plenario «[…] ofrecieron una versión filtrada por una profunda carga emocional» que imponía en todos ellos una memoria selectiva de lo ocurrido, «[…] un recuerdo parcial —consciente o inconsciente— que debilita enormemente la potencial carga probatoria de cada una de esas fuentes de prueba». El TS cerró su argumentación sobre este punto aportando ejemplos de «estas distorsiones» tanto en las declaraciones de cargo como de descargo (pp. 63 a 65).

El Tribunal concluyó que no hubo afectación al principio de contradicción y que la prueba se ajustó a «[…] la secuencia ordinaria de los actos procesales», sin que la preclusión supusiera una rígida regla de ordenación del procedimiento.

3. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y PRUEBA

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sobradamente conocido, el principio de contradicción es, junto con los principios de igualdad y de dualidad de posiciones, uno de los principios esenciales del proceso —de todo proceso, no exclusivamente del proceso penal— y se constituye como principio estructural del mismo. El TC lo ha caracterizado como una auténtica «regla esencial del procedimiento» (entre otras, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio y 161/2016, de 3 de octubre, ya citadas) sin cuya concurrencia no resulta posible sostener que se ha desarrollado un proceso justo y con todas las garantías.

En este sentido, se concibe como un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa ejercida (STC) y en virtud del cual «[…] puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos» (SSTC 93/2005, de 18 de abril o 161/2016, de 3 de octubre, que se remiten a lo declarado por la STC 144/1997, de 15 de septiembre). Estrechamente e inevitablemente vinculado al derecho de defensa, el principio de contradicción es un puntal del respeto a dicho derecho, que proscribe toda indefensión (art. 24.1 CE) y debe encuadrarse también en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que la contradicción es una garantía de obligada observancia). Constitucionalmente, el principio de contradicción ha sido caracterizado en

sentido amplio como el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a adquirir el estatus de parte, a ser informado de la acusación, a ejercer el derecho de defensa en toda su amplitud, a introducir los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes y el derecho a probarlos, así como el derecho a la última palabra[1].

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha enfatizado la relación del derecho a la prueba con otros derechos garantizados en la Constitución, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 89/1986, de 1 de julio; 50/1988, de 22 de marzo; 110/1995, de 4 de julio; 189/1996, de 25 de noviembre; 221/1998, de 24 de noviembre; 212/2013, de 16 de diciembre) y el derecho de defensa (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre; 1/996, de 15 de enero; 26/2000, de 31 de enero; 19/2001, de 29 de enero; 133/2003, de 30 de junio y la citada 212/2013, de 16 de diciembre).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión. En relación con el derecho de defensa, ello implica que debe respetarse el «[…] derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes» (STC 143/2001, de 18 de junio), lo cual impone la exigencia de ofrecer a las partes la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero; 102/1998, de 18 de mayo; 18/1999, de 22 de febrero; 109/2002, de 6 de mayo o 93/2005, de 18 de abril; 307/2005, de 12 de diciembre; 161/2016, de 3 de octubre).

La ya citada Sentencia 161/2016, de 3 de octubre, afirma: «Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad esta que el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SS TC 10/1992, de 16 de enero y 64/1994, de 28 de febrero)».

Concebido como principio esencial del proceso, el principio de contradicción supone el derecho de las partes a ser oídas y a conocer los materiales de hecho y de Derecho que puedan servir al juez o tribunal para conformar su opinión y dictar la resolución judicial. Si bien el principio presenta peculiaridades en los procesos civil y penal en cuyo análisis no vamos a entrar, lo trascendente del mismo en el proceso penal es la necesidad de que el sospechoso, investigado, encausado y acusado sea oído si así lo desea, de forma que el tribunal no podrá tomar en consideración para dictar sentencia hechos introducidos en el proceso que no hayan sido sometidos a contradicción (*nemo condenatur sine auditur*). Como afirma Montero Aroca, «[…] además del contenido fundamental del derecho, expresado como la necesidad de ser oído, se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oído, en el sentido de poder alegar, probar y argumentar para influir en la decisión judicial»[2]. Esta posibilidad «real» de ser oído exige, además de la correcta comunicación a las partes del proceso y de las actuaciones procesales que lo integran (a través de citaciones y emplazamientos), que las partes puedan introducir en el proceso lo que crean conveniente

para defender sus derechos e intereses a través de sus alegaciones y correspondiente prueba. Precisamente, para hacer posible una efectiva contradicción y defensa es necesario que las partes adquieran conocimiento del el material fáctico y jurídico que puede influir en la resolución: es difícil alegar o defenderse frente a lo que se desconoce.

El principio de contradicción, obviamente, mantiene su importancia cuando lo vinculamos con el derecho a la prueba, tanto en lo que respecta a la identificación de los hechos objeto de prueba —al que ya hemos hecho referencia— como al control de su formación y a la propia práctica de la prueba. Desde la perspectiva del derecho a la prueba y la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, el principio de contradicción supone que las partes deben tener la oportunidad de confrontar la prueba en su contra, es decir, el derecho a alegar y probar para poder ejercer efectivamente su derecho de defensa. Así entendido, las partes deben tener la oportunidad no solo de presentar sus alegaciones sobre los hechos, sino también de que se practiquen los medios de prueba (legales, pertinentes, idóneos y útiles) que consideren adecuados para convencer al tribunal de la veracidad de sus afirmaciones y de contrastar las pruebas presentadas por la parte contraria; adquiere así pleno sentido la expresión «debate contradictorio». La vigencia del principio de contradicción exige la presencia del encausado en la celebración del juicio oral (salvo las excepciones legalmente previstas) y su participación en la actividad probatoria.

En la Sentencia 467/2019, de 14 de octubre (*Tol 7531350*), con cita de la STS 164/2015, de 24 de marzo (*Tol 4806033*), el Tribunal Supremo ha establecido de forma clara que «[…] la vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal»[3].

3.2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y PRUEBA TESTIFICAL

La contradicción es una de las exigencias de la prueba a efectos de destruir la presunción de inocencia, que, como es sabido, exige prueba de cargo practicada en el juicio oral con todas las garantías, entre ellas la que nos ocupa. Únicamente cuando se ha tenido la posibilidad de contradecir la prueba practicada, en este caso la declaración prestada por un testigo, esta puede convertirse en prueba de cargo, exigencia que adquiere especial relevancia cuando pretende reproducirse en el juicio oral declaraciones prestadas en fase de investigación.

Durante la práctica de la prueba, la contradicción implica el derecho de las partes a participar activamente en la práctica de cada uno de los medios de prueba admitidos, interrogando, contrainterrogando, etc., a fin de evitar que se produzca cualquier tipo de indefensión. En el caso de las pruebas personales, este principio exige, por tanto, que la declaración sea sometida a contradicción, lo que particularmente —para garantizar plenamente el derecho de defensa— implica que el declarante sea sometido al interrogatorio de

la parte acusada (*cross-examination*). Como afirma Del Caso Jiménez, «[…] contradictorio es el proceso en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión. Por tanto, solo aquel en el que se brinda a cada una de ellas (y en particular al acusado) la posibilidad real de una confrontación directa con las fuentes personales de prueba, para discutir las afirmaciones probatorias que le conciernan y proponer, a su vez, al respecto la prueba que le interese»[4].

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo que estamos ante uno de los pilares del proceso penal en un Estado de Derecho[5], ha identificado el principio de contradicción en el proceso penal con el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él (art. 6.3,d CEDH, y también el art. 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Concretamente, el TEDH hace referencia a la necesidad de «[…] conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento de su declaración o más tarde». En la Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (caso *Craxi vs. Italia*), el TEDH se pronunció en los siguientes términos: «[…] los elementos de prueba deben en principio ser presentados al acusado en audiencia pública para el debate contradictorio. Este principio tiene excepciones, pero solo son aceptadas con la reserva de los derechos de la defensa; por norma general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 exigen conceder al acusado la ocasión adecuada y suficiente para impugnar un testimonio en contra suya y de interrogar a su autor en el momento de la declaración o más tarde (*Lüdi vs. Suiza*, Sentencia de 15 junio 1992, serie A, 238, p. 21, ap. 47; *AM vs. Italia*, Sentencia de 14 diciembre 1999, TEDH 1999-IX, p. 55, ap. 25; *PS vs. Alemania*, Sentencia de 20 diciembre 2001, 33900/1996, ap. 21, sin publicar)»[6]. El caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, (Sentencia de 15 de diciembre de 2011) representa un punto de inflexión; en él el Tribunal redefine la «regla de la prueba única», entiende que esta es un elemento más a considerar que hay que ponderar con otros factores concurrentes y afirma que lo importante es la concurrencia de «[…] suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia del caso». Este criterio fue asumido en el caso *Gani vs. España*, de 19 de febrero de 2013. Conforme a esta nueva línea jurisprudencial, la no contradicción de un concreto medio de prueba «[…] no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada o no garantista», no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías o a un proceso equitativo siempre que concurran esos «factores de compensación» que permitan la valoración de la fiabilidad de la declaración desde una perspectiva global de lo acaecido en el proceso una vez sopesados los intereses en juego.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo también se han pronunciado sobre la relación entre el principio de contradicción y la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo. Esta posibilidad ha sido calificada por el Tribunal Supremo como la «[…] esencia del derecho a la contradicción, cuyo ejercicio se violenta cuando el acusado no tiene esa oportunidad»[7].

En definitiva, el principio de contradicción y, en consecuencia, el derecho de defensa, exige, respecto al acusado, la posibilidad real y efectiva de que pueda confrontar al testigo o testigos que declaren en su contra o hagan manifestaciones que puedan perjudicarle, lo que debe hacerse preferiblemente en el momento mismo de su interrogatorio durante el juicio oral; por las limitaciones propias de este trabajo, no entraremos en el análisis de las posibles excepciones a esta regla —por ejemplo, que la declaración del testigo se practique como prueba anticipada, que la prueba se preconstituya, etc.—, supuestos que, no obstante, no deben suponer un impedimento al principio de contradicción.

4. CORROBORACIÓN DE LA DECLARACIÓN TESTIFICAL

Como es sabido, el rasgo característico del testigo es su ajenidad al proceso. Se trata de un tercero que aporta una información útil tanto para la investigación de los hechos como para la adopción de una decisión sobre el fondo. Sin embargo, en él no debe concurrir interés alguno en que el proceso termine de una u otra forma. El deber esencial del testigo es declarar sobre lo que ha visto y oído y hacerlo «diciendo verdad».

Desde una perspectiva práctica, uno de los problemas a los que históricamente se ha enfrentado la prueba testifical ha sido el de su fiabilidad relativa[8]. Esta viene motivada por diversas causas, desde la propia falibilidad de la memoria humana o la posibilidad de que otros influyan en su declaración. Para evitar —al menos parcialmente— este problema, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una serie de requisitos para determinar quién puede ser testigo, y para garantizar un desarrollo justo del proceso y el respeto los derechos y deberes del testigo o la posibilidad de su protección.

Por tanto, uno de los mayores problemas con que se encuentra el juez al valorar la prueba testifical es el referido a la fiabilidad de lo declarado por el testigo y al modo a través del cual puede, en su caso, corroborar la credibilidad de su declaración para tomar una decisión. Pues bien, la LECrim —al contrario que la LEC— no contiene una regulación de la tacha de testigos orientada a poner de manifiesto la falta de credibilidad de los testigos porque tienen algún interés en el pleito o alguna relación con las partes o los sujetos que en él intervienen. Así, y muy brevemente, consideramos oportuno señalar que el art. 370 LEC permite a las partes hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha que prevé el art. 343, respecto a los peritos, a saber, ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores, tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante, estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores, tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados o cualquier otra circunstancia que, debidamente acreditada, les haga desmerecer en el concepto profesional. La tacha de un testigo por cualquiera de estas causas no impedirá su declaración, pero es un aviso al juez respecto a la fiabilidad de su declaración que este tendrá en cuenta al valorarla.

Ante la ausencia de regulación de las tachas de testigos en el proceso penal, y acudiendo a la regulación de la práctica de la prueba testifical en la LECrim, las primeras referencias se encuentran en los arts. 410 ss., dentro de la comprobación del delito y averiguación del delincuente en la fase de instrucción y, obviamente, en la regulación del juicio oral (arts. 701 ss., con continuas referencias a la regulación en fase de sumario). Conforme al art. 708, con remisión al art. 436, el testigo, tras su identificación personal, manifestará si conoce al procesado y a las demás partes, así como si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase (son las denominadas «preguntas generales»). Estas preguntas tienen la clara finalidad de poner de manifiesto la concurrencia en el testigo —y en su relación con las partes o en la causa misma— de elementos que pueden afectar a su credibilidad y a su imparcialidad. Obviamente, el hecho de que tenga alguna relación con las partes o con el objeto del proceso no impide su declaración, pero dicha circunstancia debe conocerse para que el tribunal pueda ponderar adecuadamente sus afirmaciones, tomando en consideración la de otros testigos, así como los restantes medios de prueba.

Una vez respondidas las preguntas generales, se procederá al interrogatorio del testigo por la parte que lo propuso, y después se someterá a las preguntas de las demás partes, siempre que fueren oportunas y pertinentes en vista de sus contestaciones. Igualmente, los testigos podrá ser interrogados por el juez «[…] para depurar los hechos sobre los que declaren». Entiende Gómez Colomer que, pese a la ausencia de tacha, una vez que el testigo ha declarado debe ser posible poner de manifiesto la falta de veracidad de su declaración «[…] inmediatamente declare y se ponga en evidencia su mendacidad», comunicando ya en fase de instrucción dicha circunstancia, así como los datos en que se funda como prueba de su «tachabilidad, es decir, como impugnabilidad»[9].

En cuanto a la forma de declarar, el art. 437 establece que el testigo declarará de viva voz y que no podrá proceder a la lectura de la declaración ni de respuesta alguna que llevara escrita; no obstante, podrá consultar algún apunte o memoria cuando se trate de datos difíciles de recordar. Además, el juez podrá ordenar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, examinándole *in situ*, o poner a su presencia los objetos sobre los que tuviera que declarar para alcanzar una mayor exactitud en su declaración (arts. 437 y 712 LECrim).

Junto con las preguntas generales a las que hemos hecho referencia, la LECrim regula el careo como una prueba subsidiaria y excepcional que permite confrontar las declaraciones del testigo con las del acusado, los testigos o los acusados entre sí con la finalidad de esclarecer las posibles contradicciones encontradas entre las mismas (arts. 451 y 713). Lo que legitima la realización del careo es precisamente la discordancia entre las declaraciones respecto a hechos o circunstancias de interés para el proceso. La propia jurisprudencia ha señalado en que, más que un medio de prueba, el careo es un mecanismo para verificar y contrastar la declaración del testigo o acusado con otras pruebas. Por ejemplo, la STS 871/2015, de 28 de diciembre (*Tol 5653560*) declara a este respecto: «Como recordó la STS 1151/1999 de 9 de julio, según reiterada doctrina de esta Sala, el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas, por lo que su denegación se viene considerando como una

facultad discrecional del juez o tribunal a quien se le solicita que, como tal, no puede ser sometida a control en casación»[10].

No obstante esta previsión, la jurisprudencia desconfía, en general, de esta posibilidad, como claramente afirma la STS 2/1998 de 29 julio (*Tol 1551739*): «Ante la firmeza de unas negativas —que evidentemente pueden ser tachadas de inspiradas por el afán de defenderse— y la dudosa credibilidad de quienes acusan, parece razonable situarse en el momento y lugar en que ocurrieron los hechos e indagar la verdad con los criterios de la lógica y la verosimilitud. Más razonable, pensamos, que resolver la contradicción mediante las impresiones que se obtuvieron en unos careos. El careo, del que constantemente dice esta Sala no es diligencia propia del juicio oral sino del sumario, presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad: ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor —el que teóricamente dice la verdad— el más osado, el más hábil o el que más grita».

Por último, el art. 714 LECrim permite que, cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, cualquiera de las partes —pero también por el tribunal— pueda pedir su lectura para que el testigo explique las diferencias o contradicciones que existan entre dichas declaraciones. Esta lectura permite al Tribunal valorar como prueba las declaraciones prestadas en fase de investigación o aquellos aspectos de la declaración que considera más fiables a la luz de las explicaciones dadas por el testigo, salvo cuando la prueba testifical así analizada fuera la única prueba de cargo existente.[11]

Esta posibilidad debe compatibilizarse con la exigencia de que la prueba de cargo, susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia es la practicada en el juicio oral con todas las garantías procesales, esto es, con inmediación, contradicción, publicidad, oralidad y concentración. En este sentido, podemos citar lo afirmado por ATS 1086/2012, de 7 de junio (*Tol 2578706*): «Reiterada jurisprudencia de esta Sala recuerda, constantemente, que la prueba esencial es aquella que se practica en el acto de la vista oral. Pero, también, recuerda que eso no significa la carencia absoluta de relevancia de las declaraciones sumariales, prestadas en la fase de instrucción, particularmente, cuando en el acto de la vista oral, se ponen de manifiesto graves contradicciones en su declaración (así, STS 541/2005, de 24 de abril). Precisamente, la vigencia del principio de oralidad exige que las previas declaraciones de testigos o imputados se incluyan en el debate de la vista oral, bien mediante el interrogatorio de las partes o bien mediante la lectura de su previa declaración»[12].

Estamos ante una posibilidad ampliamente avalada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Así, el TC ha afirmado: «El ordenamiento procesal admite expresamente la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario cuando no son conformes en lo sustancial con las efectuadas en el juicio oral, con el propósito de que dicha lectura permita ponderar al tribunal la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas» (SSTC 137/1988, de 7 de julio; 51/1995, de 16 de febrero).

El Tribunal Supremo en Sentencia 692/1997, de 7 de noviembre de 1997 (*Tol 1999045*), afirma claramente: «Ha de traerse a colación la doctrina tan reiterada de esta Sala conforme a la cual el tribunal pudo confrontar las distintas declaraciones o manifestaciones de testigos o inculpados, tras ser sujetas a contradicción y adecuada publicidad en el plenario, seleccionando las que considerase más espontáneas y concordes con la realidad. Es cierto que el procedimiento probatorio ha de tener lugar fundamentalmente en el debate contradictorio que, en forma oral y bajo el principio de inmediación, se desarrolla ante el tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. Pero ello no debe llevar a la eliminación absoluta, en el orden valorativo, de cuanto obre en las actuaciones sumariales, en tanto las diligencias probatorias se ofrezcan bajo la cobertura de las exigibles garantías. Es el propio Tribunal Constitucional el que aclara que la idea de que los únicos medios de prueba válidos son los utilizados en el juicio oral, no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Cumplidas tales exigencias, el tribunal, haciendo uso de la libertad de valoración de las pruebas que le reconoce el artículo 741 de la LECrim, ponderará en conciencia las mismas, pudiendo, si así lo estima, reconocer mayor fiabilidad a las versiones o declaraciones resultantes del sumario o diligencias penales precedentes frente a las obrantes en el juicio oral, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad (cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1985, de 10 mayo, 80/1986, de 17 junio, 150/1987, de 1 octubre, 82/1988, de 28 abril, 137/1988, de 7 julio, 107/1989, de 8 junio, 201/1989, de 30 noviembre, 217/1989, de 21 diciembre, 98/1990, de 24 marzo, 161/1990, de 19 octubre, 59/1991, de 14 marzo y 303/1993, de 25 octubre).

Doctrina asumida igualmente por esta Sala la que se muestra constante en el reconocimiento de que cuando un testigo o acusado declara en el juicio oral en un sentido diverso a lo manifestado en la instrucción, el tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio, con tal de que en la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la Ley, y que de algún modo, normalmente a través del trámite del artículo 714 de la LECrim, se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones prestadas en el sumario o diligencias previas. O, al menos, que en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante policía y juez instructor; lo que puede deducirse, incluso, del propio contenido de las preguntas o respuestas reflejadas en el acta del juicio. No imperando un riguroso criterio formalista y siendo lo importante que las originarias declaraciones queden introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral. La valoración última de las pruebas pertenece al ámbito de la apreciación en conciencia que reconoce el artículo 741 de la LECrim Así, entre muchas, sentencias de 26 octubre 1988 (RJA 8399), 29 abril, 22

septiembre, 2 octubre y 29 noviembre 1989 (RJA 3580, 8436, 7526 y 9341), 11 abril y 18 mayo 1990 (RJA 3237 y 4145), 2 octubre 1991 (RJA 6978), 4 junio y 27 octubre 1992 (RJA 5445 y 8537), 25 marzo 1994 (RJA 2594) y 15 abril, 16 septiembre y 5 noviembre 1996 (RJA 3701 y 8047). Del sentir de indicadas resoluciones se desprende que el contraste de la prueba sumarial en el acto de la vista no implica tener que aceptar la nueva versión, discrepante de la anterior, antes al contrario, la propia normativa concerniente al delito de falso testimonio y a su persecución revela cómo lo fundamental es la posibilidad misma de confrontación, quedando el tribunal en condiciones de inclinarse por un relato u otro, en uso de su libertad, de acuerdo con su conciencia y con el apoyo de la inmediación correspondiente a la contradicción consumada en el juicio oral»[13].

De la lectura de la LECrim puede inferirse que los mecanismos con lo que cuenta el tribunal para corroborar la declaración de un testigo y valorar, a efectos probatorios, su fiabilidad, vienen determinados por:

a) El conocimiento, a la luz de sus manifestaciones al respecto, de la existencia de alguna relación entre el testigo y las partes o participantes en el proceso de las indicadas en el art. 436 que pudieran influir en su declaración. Nótese que no hay referencia alguna a la concurrencia de interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

b) La posibilidad de carear al testigo cuya declaración plantee dudas con otros testigos que hubieran declarado sobre los mismos hechos o con los acusados (arts. 451 y 713).

c) La lectura de la declaración que ese mismo testigo hubiera realizado en fase de instrucción para que, constatadas contradicciones o diferencias, pueda aclarar el sentido de las mismas y el juez valorar su declaración tomando en consideración lo que hubiera podido esclarecerse (art. 714).

d) La posibilidad de levar al testigo físicamente al lugar en que hubieren ocurrido los hechos o de mostrar al testigo los objetos o elementos sobre los que versa su declaración para lograr que su declaración sea más exacta o precisa y, por tanto, más fiable de cara a su valoración por el juez (arts. 437 y 723).

e) A ello debe añadirse que el tribunal podrá tomar en consideración otros aspectos más subjetivos para valorar la declaración del testigo —por ejemplo, sus características personales, su actitud en el juicio y las circunstancias en que se produjo la percepción por el testigo que afecten a la fiabilidad de su declaración— y, obviamente, ponderar lo afirmado por este con las declaraciones de otros intervinientes y con los restantes medios de pruebas.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Creemos que lo que las defensas solicitaron en el caso aquí comentado podría tener cabida dentro de la previsión que contempla la posibilidad de mostrarle al testigo los elementos de convicción o los documentos para que preste su declaración en presencia de los mismos. En esencia, lo que la defensa había solicitado al presidente del Tribunal es que se

permitiera exhibir la prueba documental videográfica a los testigos declarantes con la finalidad de contrastar la veracidad de sus declaraciones.

Ahora bien, en absoluto es imprescindible que dicha petición fuera aceptada para que quedaran salvaguardadas las garantías del principio de contradicción y la tutela del derecho un proceso con todas las garantías, así como el derecho a la defensa, dado que, por un lado, el Tribunal se consideró suficientemente ilustrado sobre la credibilidad de los testimonios prestados sin necesidad de demorar el procedimiento en este sentido, y, por otro, no fue poca la prueba practicada en este proceso. Es más, aunque no se trata del supuesto que aquí se plantea, cabe destacar que sí se permitió la confrontación de las declaraciones personales con documentos cuando se impugnó la autenticidad de estos.

Con respecto a la inadmisión de pruebas, debemos recordar que, pese a su carácter fundamental, el derecho a la prueba no es, como ha declarado el Tribunal Constitucional, ilimitado, dado que «[…] no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*» (STC 13/2006, de 16 de enero).

En el mismo sentido, la STC 186/2000, de 10 de julio, reproduce la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia y afirma que «[…] el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales, de modo que en ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa "cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda" (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2; 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 3; 87/1992, de 8 de junio, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero FJ 2; y 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2, entre otras muchas)». De forma extensa, similares reflexiones contiene la más reciente STC 116/2018, de 12 de marzo.

NOTAS

1. Guzmán Fluja (2006).

2. Montero Aroca *et al.* ([27]2019: 252). *Vid*, también, Barona Vilar (2017: 116), autora que afirma: «Aplicada la contradicción especialmente a la actividad probatoria implica que las pruebas que se incorporen al proceso deban ser conocidas por ambas partes, para poder ser objeto de debate, pudiendo, en su caso, plantear medios de prueba de contrario. Es por ello que situaciones como las que se permiten en el ordenamiento jurídico que llevan a considerar con valor probatorio aquellas actividades que se practicaron con anterioridad al juicio oral, deben ser objeto de ratificación posterior para garantizar la contradicción, y si no es posible su incorporación para ratificación por tratarse, por ejemplo, de diligencias irrepetibles, habrá que valorar que las mismas se hayan llevado a cabo con el debido respeto al principio de contradicción. En suma, contradicción significa derecho a ser oído y a oír en el proceso».

3. En igual sentido, entre otras, las SSTS 363/2006, de 28 de marzo (*Tol 1022896*); 555/2009, de 25 de septiembre (*Tol 2141914*); 192/2009, de 24 de febrero (*Tol 1466676*).

4. Del Caso Jiménez (2018: 26).

5. El TEDH concibe el principio de contradicción como un requisito para la correcta valoración, pero también como una garantía de defensa, configurándolo como requisito esencial e irrenunciable del juicio equitativo. *Vid.* caso *Lucà vs. Italia*,.

6. En sentido similar se pronuncia en la Sentencia de 13 de abril de 2006, caso *Vaturi vs. Francia*.

7. V., por ejemplo, entre muchas otras, SSTC 187/2003, de 27 de octubre; 198/2006, de 3 de julio; 142/2006, de 8 de mayo; 134/2010, de 2 de diciembre y SS TS de 23 de diciembre de 1999 (*Tol 272684*); 964/2006, de 10 de octubre (*Tol 1014232*); 867/2010, de 21 de octubre (*Tol 1975575*); 474/2017, de 30 de octubre (*Tol 6453369*).

8. Moreno Catena (2013, *passim*).

9 .Gómez Colomer, en Montero Aroca *et al.* ([27]2019: 208 y 209).

10. En sentido similar, SSTS 386/1997, de 18 de marzo (*Tol 5140461*); 601/2000, de 4 de abril (*Tol 4923713*); 112/2005, de 22 de abril (*Tol 648806*). Mas recientemente, el Tribunal Supremo en su Sentencia 469/2002 de 19 marzo (*Tol 4920727*) afirma: «La doctrina de esta Sala ha señalado reiteradamente que la diligencia de careo no es una prueba propiamente dicha, ya que se trata de actuación encaminada a confrontar las posibles contradicciones, observadas en las declaraciones de los testigos o de los acusados o de éstos entre sí. Su resultado, apreciable libremente por el órgano que lo acuerda, no constituye una nueva prueba, sino un elemento valorativo que sirve para formar la convicción psicológica, sobre la mayor o menor verosimilitud de una u otra de las versiones facilitadas». *Vid.*, también, recientemente, Arnaiz Serrano (2017: 641 y 642).

11. No obstante ser esta la tendencia mayoritaria, hay también jurisprudencia en sentido contrario, no admitiendo que se pueda valorar la declaración prestada en fase de instrucción; sirviendo, entonces, lo previsto en el art. 714, para valorar la credibilidad del testigo respecto a lo que declara en un juicio oral. *Vid.* Climent Durán (2005: 172 ss.).

12. Ya se pronunciaba en este sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 101/1985, de 4 de octubre: «El ordenamiento procesal penal español sitúa el momento de la prueba en el juicio oral (artículos 688 a 731 de la LECrim) y, en concreto, el artículo 790.5 de la LECrim), en relación con el procedimiento abreviado, establece que se podrán practicar anticipadamente aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral. En este sentido, las diligencias anteriores, encaminadas a la averiguación del delito y a la identificación de los delincuentes, no constituyen pruebas de cargo; solo se convierten en prueba al practicarse o reproducirse en el juicio oral, y únicamente a lo alegado y probado en él queda vinculado el Tribunal Penal».

El Tribunal Constitucional, de forma similar, afirma en la Sentencia 80/1986, de 17 de junio: «Los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos que sean de imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa. Esta idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles esa eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción».

13. En sentido similar, podemos citar, entre muchas otras: SSTS de 6 de mayo de 1998 (*Tol 228696*); 303/2007, de 10 de abril (*Tol 1069836*); 75/2006, de 3 de febrero (*Tol 827087*); y 58/2008, de 25 de enero (*Tol 292767*).

BIBLIOGRAFÍA

ARNAIZ SERRANO, A. (2017): «El careo», en I. González Cano (dir.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el Proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BARONA VILAR, S. (2017): «Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria», en I. González Cano (dir.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el Proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CLIMENT DURÁN, C. (2005): *La prueba penal,* t. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

DEL CASO JIMÉNEZ, M. T. (2018): *La prueba testifical en el proceso penal*, Madrid: Sepín.

GUZMÁN FLUJA, V. (2006): *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LEAL MEDINA, J. (2013): «El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea», *La Ley Digital* núm. 1790.

MONTERO AROCA, J. *et al.* ([27]2019): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, J. *et al.* ([27]2019): *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MORENO CATENA, V. (1980): *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid: RDU.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

PERSPECTIVA EUROPEA

LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2019 DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE SENTENCE OF 14 OCTOBER 2019 FROM THE PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Luis López Guerra

Catedrático Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La relevancia del CEDH. Examen de la Sentencia del Tribunal Supremo desde la perspectiva del Convenio, en relación con los derechos sustantivos del Convenio reconocidos en los artículos 10 y 11 del mismo: derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación pacíficas. Limitaciones y restricciones permitidas: justificación de la necesidad. Diferencias entre violencia y resistencia. Examen de proporcionalidad a las condenas por sedición impuestas. Derechos de libertad de expresión en el espacio parlamentario.

PALABRAS CLAVE

Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho al debido proceso, derecho de reunión y manifestación pacíficas, necesidad, proporcionalidad, libertad de expresión parlamentaria.

ABSTRACT

The relevance of the European Convention of Human Rights. Review of the Sentence of the Supreme Court from the perspective of the Convention, concerning the material rights of the Convention, established at the articles 10 and 11; rights to freedom of expression, assembly and pacific demonstrations. Allowed limitations and restrictions: justification of the necessity. Differences between violence and resistance. Test of proportionality to the convictions of sedition. Right to freedom of expression at the parliamentary space.

KEY WORDS

European Convention of Human Rights, right to the due process, right to pacific assembly and demonstration, necessity, proportionality, freedom of parliamentary expression.

LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2019 DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra
Catedrático Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Previamente al análisis de la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2019, desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pueden ser convenientes algunas consideraciones. El Convenio Europeo, como tratado válidamente celebrado y oficialmente en España, es, en virtud de lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución, parte del ordenamiento interno. Aparte de ello, tiene una especial fuerza vinculante, dado que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución, es un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales.

Pues bien, si el examen de la Sentencia se lleva a cabo específicamente desde la perspectiva del Convenio, el enfoque presenta sus propias peculiaridades. No se trata ya de verificar si la actuación de los poderes públicos (en este caso, el Tribunal Supremo) es la adecuada a la luz de los mandatos del Código Penal, en el sentido de si se ha llevado a cabo una adecuada tipificación (y consecuente sanción) de los hechos, sino de comprobar

si esa actuación ha vulnerado o no alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, independientemente de la corrección del tipo penal aplicado. Por otra parte, esos derechos deben ser comprendidos teniendo el cuenta el significado que les ha dado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que, como ha aceptado el Tribunal Constitucional, corresponde al Tribunal de Estrasburgo «[…] concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio» (STC 91/2000). A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha recalcado que su labor no es actuar como tercera o cuarta instancia ni interpretar el Derecho interno de los Estados parte. Según la Sentencia *García Ruiz vs. España*, de 1999, § 28:

> «[…] su misión es garantizar el respeto de los compromisos dimanantes del Convenio para las Altas Partes contratantes. En especial, no le incumbe conocer de los errores de hecho o de Derecho supuestamente cometidos por un tribunal interno, salvo en la medida en que puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por el Convenio».

Un análisis desde la perspectiva del Convenio no es, pues un análisis desde la dogmática penal ni, como se ha apuntado, sobre los aciertos o errores en la apreciación de los hechos o en su tipificación. El criterio a tener en cuenta es solo si la sentencia en cuestión se adecua a los mandatos del Convenio, interpretados por el Tribunal de Estrasburgo.

2. LOS TEMAS A TRATAR

La STS 459/2019, de cerca de quinientas páginas, aborda un conjunto muy amplio de cuestiones; baste recordar que las acusaciones (del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado y de la acusación popular) versaban sobre delitos tan diferentes como la rebelión, la sedición, la desobediencia, la malversación y la pertenencia a organización criminal. Por otra parte, las condenas impuestas a cada uno de los acusados podrían dar lugar (y probablemente lo darán) a controversias sobre su adecuación al Convenio Europeo. La presente exposición no pretende cubrir todos estos aspectos en relación con todos los condenados. Se centrará, sobre todo, en aquellas cuestiones que han resultado más controvertidas tanto en el procedimiento ante el Tribunal Supremo como en la opinión pública, cuestiones que, probablemente, también serán objeto de especial atención en los previsibles recursos ante el Tribunal Constitucional y (en su caso) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ello, la atención se dirigirá solo al contenido de la Sentencia del TS que pudiera dar lugar a controversias en relación con los derechos sustantivos reconocidos en los artículos 10 y 11 del Convenio (derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación), y por ello, y preferentemente, a las condenas por sedición impuestas a los miembros del Govern, a la presidenta del Parlamento de Cataluña y a los líderes políticos Jordi Sánchez y Jordi Cuixart. Lo referente a las condenas por malversación y desobediencia, si bien no deja de plantear cuestiones de interés desde la perspectiva del Convenio, quedará forzosamente fuera de este trabajo, excepto en lo que se relacione con su principal objeto.

3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO: ART. 6 DEL CONVENIO

No obstante, y previamente al análisis de la afectación de estos derechos sustantivos, es necesario examinar otra cuestión, también de notable relevancia tanto en el procedimiento como en la discusión pública: la referente a la existencia o no de un proceso justo, es decir, si, aparte de los contenidos concretos del fallo, se ha cumplido, a lo largo del procedimiento penal con las exigencias procedimentales del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este aspecto fue objeto de especial atención no solamente en las alegaciones de los acusados, sino también —y especialmente— en el texto de la Sentencia: una buena parte de ella (prácticamente de la página 60 a la página 195) se centra en esta cuestión y hace referencia a materias como los derechos al juez predeterminado por la ley, a un juez imparcial, a la presunción de inocencia, a la igualdad de armas o al derecho de defensa, entre otras. No es difícil colegir que las prolijas consideraciones al respecto del Tribunal Supremo (que contienen también amplias reflexiones sobre jurisprudencia comparada relativa al derecho a la autodeterminación emanada del Tribunal Supremo de Canadá o de los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania, así como apreciaciones críticas sobre la decisión del Tribunal Superior Regional de Schleswig Holstein de no conceder en todos sus términos la orden de detención y entrega solicitada por las autoridades españolas) responden al propósito de colocarse la venda antes de la herida, a la vista de un eventual replanteamiento del caso ante instancias como el Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A este respecto, cabría considerar que la Sentencia del TS cumple con este objetivo. Sin voluntad de predecir las posibles decisiones de esos tribunales, debe recordarse que la jurisprudencia de Estrasburgo (*Ankerl vs. Suiza,* 1996, § 38*: Centro Europa 7 S.r.l. y Di Stefano vs. Italia,* 2012, § 197*; Regner vs. República Checa*, 2017, § 161, entre otras muchas) mantiene consistentemente que la presencia de un debido proceso, a la luz de los criterios del artículo 6 del Convenio, debe apreciarse mediante un análisis conjunto del mismo, considerado como un todo. La presencia de posibles irregularidades procesales en determinados momentos no tiene por qué suponer forzosamente que el proceso no haya cumplido con las exigencias del artículo 6 del Convenio si globalmente puede deducirse que las garantías de los acusados han sido respetadas. Pues bien, teniendo en cuenta las características del procedimiento, de la vista oral celebrada entre el 12 de febrero y el 12 de junio de 2019, y del propio contenido de la sentencia que se comenta, cabe deducir en principio que, considerado el proceso en su conjunto, el Tribunal Supremo adoptó las medidas adecuadas para proteger su actuación frente a críticas basadas en la posible vulneración del artículo 6 del Convenio. Valga recordar que la vista fue transmitida íntegramente y en directo por televisión, que hubo un examen exhaustivo de testigos y que el Tribunal Supremo procedió en su Sentencia, como se dijo, a un examen pormenorizado de las objeciones planteadas por las defensas sobre la regularidad del procedimiento. Sin excluir que pudieran señalarse defectos en la práctica de diversas actuaciones, no parece que, examinado en su globalidad, el proceso se haya apartado de los requisitos del artículo 6 del Convenio en relación con el derecho a un juicio justo. Este punto no es especialmente controvertido. Como vamos a

ver, los mayores problemas se plantean en relación con los derechos sustantivos reconocidos en los artículo 10 y 11 del Convenio.

4. AFECTACIÓN A DERECHOS DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO

Desde la perspectiva de los artículos 10 y 11 del Convenio, es importante tener en cuenta que la principal acusación que llevó a la condena de la mayor parte de los acusados se centraba en su participación en la organización y convocatoria del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017, pese a la prohibición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En su sentencia, el Tribunal Supremo admite que, tras la reforma del año 2005 del artículo 506 bis del Código Penal, la convocatoria de un referéndum ilegal no es en sí misma un delito. Sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal como la sentencia mantienen que el hecho de que la convocatoria de un referéndum ilegal no sea un delito no significa que las actividades conexas con esa convocatoria no puedan ser delictivas. En el caso, la convocatoria del referéndum significaba desobedecer prohibiciones judiciales, promover una asistencia multitudinaria a los centros de votación, y dar lugar a una resistencia y obstrucción masiva a la acción de las fuerzas policiales encargadas de impedir el referéndum, causando una alteración del orden. De acuerdo con el Tribunal Supremo, la responsabilidad criminal de los condenados no deriva del hecho de que el referéndum fuera ilegal, sino de la alteración de la paz pública resultante de la llamada a los ciudadanos a acudir en masa a los centros de votación con la obstaculización de la acción de las autoridades y el desorden público resultante.

La acusación más grave, pues, contra los condenados era que habían sido los organizadores y promotores de movilizaciones masivas frente a una expresa prohibición previa. Como consecuencia, y en principio, las medidas adoptadas contra ellos —y esencialmente la Sentencia condenatoria por aquellos hechos—, constituyen un impedimento frente a su llamada a los ciudadanos para que acudieran a determinados de lugares para expresar sus preferencias en las urnas. En principio, ello sitúa la cuestión en el ámbito del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos humanos, que reconoce el derecho de reunión y manifestación pacíficas. Como señala el Tribunal en *Ezelin vs. Francia*, §. 39, las sanciones impuestas *a posteriori* a los participantes u organizadores de una reunión o manifestación deben considerarse restricciones a ese derecho y ser sometidas, por tanto, a los condicionamientos previstos en ese artículo.

El Tribunal de Estrasburgo ha reiterado la estrecha conexión de esos derechos con el reconocido en el artículo 10 del Convenio, esto es, el derecho a la libertad de expresión, puesto que ambos derechos participan de una finalidad común: asegurar la expresión de opiniones y actitudes. En el caso de la reunión y manifestación, tal expresión se lleva a cabo de forma colectiva.

Como consecuencia, el Tribunal considera el derecho de reunión y manifestación como una *lex specialis* con respecto a la *lex generalis* que representa el artículo 10 del Convenio. A este respecto, en *Ezelin vs. Francia*, (1991, § 37) el Tribunal estableció que:

«[…] aún teniendo en cuenta su papel autónomo, y su particular esfera de aplicación, el artículo 11 debe considerarse también en el presente caso a la luz del artículo 10. La protección de opiniones personales, asegurada por el artículo 10, es una de los objetivos de la libertad de reunión pacífica, consagrado en el artículo 11».

Con respecto al caso de que ahora se trata, es también doctrina del Tribunal de Estrasburgo que el derecho del artículo 11 protege no solamente a los participantes en reuniones o demostraciones, sino también a los que organicen y promuevas esas reuniones y manifestaciones (*Barraco vs. Francia*, 2009, §. 41; *Kudrevicius vs. Lituania,* 2016, § 91).

En consecuencia, las penas impuestas a los condenados por haber convocado a los ciudadanos catalanes a votar en el referéndum deben considerarse inicialmente una injerencia u obstáculo al ejercicio de su derecho de reunión y manifestación pacíficas reconocido en el artículo 11 del Convenio; por ello, tal injerencia ha de ser sometida a examen para determinar si reúne los requisitos exigidos por ese artículo. Pero antes de determinar si efectivamente el artículo 11 es aplicable a los hechos contemplados en la sentencia del Tribunal Supremo es necesario verificar si esa convocatoria a votar cumplía un requisito que constituye el elemento crucial en este caso, a saber, si la convocatoria a los ciudadanos era una invitación a participar pacíficamente en una reunión o concentración, y si ese llamamiento incluía o no alguna incitación a la violencia.

5. VIOLENCIA Y DERECHO DE REUNIÓN

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y como se deriva de la misma literalidad del mandato, el artículo 11 del Convenio protege únicamente el derecho de reunión pacífica, noción que no incluye aquellos supuestos de reuniones y manifestaciones en que los participantes y los organizadores tienen intenciones violentas (*Kudrevicius*, § 92; *Stankov y United Macedonian Organization Ilinden vs. Bulgaria*, 2001, § 77). Por ello, resulta de crucial importancia determinar si las actividades de los organizadores del referéndum del 1 de octubre de 2017 supusieron una convocatoria a realizar acciones violentas. Si ese fuera el caso, los condenados no podrían alegar que su actuación se encontraba protegida por el derecho de reunión del artículo 11 del Convenio. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como también ha indicado el TEDH, ilegalidad y violencia no son conceptos sinónimos: si una asamblea es efectivamente pacífica, el hecho de que sea ilegal no la excluye de la protección de ese artículo *(Kalabulut vs. Turquía*, 2009, § 35; *Primov vs. Rusia*, 2014, § 118).

Pues bien, tomando como punto de referencia el mismo texto de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo (y sin necesidad de proceder a un análisis de los hechos distinto del que establece la sentencia), no es en modo alguno posible llegar a la conclusión de que la preparación, organización y convocatoria del referéndum representara en forma alguna una llamada a la violencia.

En efecto, a pesar de que el TS dedica mucha atención y largas consideraciones a este tema, en ningún momento llega a pronunciarse, implícita o explícitamente, sobre la existencia de ese tipo de llamada. A este respecto, es útil diferenciar dos situaciones contempladas por la Sentencia: por un lado, la convocatoria del referéndum celebrado el 1 de octubre de 2017; por otro, la manifestación celebrada ante la Consejería de Economía el 20 de septiembre del mismo año.

En lo que atañe a la votación el 1 de octubre, ciertamente el Tribunal Supremo sostiene que hubo episodios de confrontación entre los votantes y las fuerzas de orden público que trataban de impedir la votación: «[…] la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada» (p. 266). Pero la Sentencia también afirma reiteradamente que se trataba de casos aislados (pp. 283, 298 y 372, entre otras). Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo (por ejemplo, las citadas *Stankov vs. Macedonia*, § 77; *Primov vs. Rusia*, § 155; *Schwabe y M. G. vs. Alemania*, 2011,§ 103), la presencia de supuestos esporádicos e incidentales de violencia no priva a organizadores y participantes de su derecho de reunión pacífica; en cuanto a los organizadores, ha de atenderse a los propósitos de su llamamiento (*Karpyuk y otro vs. Ucrania*, 2015, § 234). La presencia de «episodios en ocasiones violentos» (p. 298) o de «hechos violentos más o menos numerosos» (p. 372) no implica (ni el Tribunal Supremo lo deduce) un llamamiento a la violencia por parte de los organizadores. Por otro lado, a la hora de analizar específicamente los casos concretos de violencia en esos episodios aislados, el Tribunal Supremo admite que las pruebas practicadas respecto a esos casos presentan serias dudas en cuanto a su apreciación:

> «Los varios centenares de testigos que declararon en el plenario ofrecieron una versión filtrada por una profunda carga emocional. El número de personas que se concentraron en esos centros, las órdenes recibidas por los agentes de la autoridad y la dinámica de enfrentamiento que presidió su actuación, han impuesto en todos ellos —policías y ciudadanos— una memoria selectiva, un recuerdo parcial —consciente o inconsciente— que debilita enormemente la potencial carga probatoria de cada una de esas fuentes de prueba. Lo propio puede decirse de los acontecimientos que tuvieron lugar en distintos puntos de Cataluña el día 20 de septiembre» (p. 166).

El Tribunal Supremo hace referencia a una reunión del Govern de Cataluña con los jefes de la Policía catalana (Mossos d'Esquadra) antes del referéndum en la que los mandos policiales mencionaron explícitamente los riesgos para la seguridad y el orden público que podrían derivarse de una afluencia masiva de votantes. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (*Kudrevicius*, § 94: *Primov*, § 155), la mera posibilidad de que se produzcan incidentes violentos no puede justificar sin más la prohibición del ejercicio del derecho de reunión. Si se da esa posibilidad (por ejemplo, si se prevén contramanifestaciones o confrontaciones violentas), el deber de las autoridades es tomar las medidas necesarias para que el ejercicio del derecho de reunión se desarrolle sin incidentes (*Öllinger vs. Austria*, 2016, §§ 37-39). Un análisis *ex post* del supuesto de que se trata, y de la propia Sentencia del Tribunal Supremo, evidencia que, en contraste con las previsiones apuntadas, los incidentes violentos que se produjeron fueron episódicos y ocasionales (p. 298).

En todo caso, a la hora de analizar las intenciones de los organizadores del referéndum, a efectos de una tipificación concreta de los hechos, el Tribunal Supremo no encuentra que hubiera una incitación a la violencia ni cuando analiza el delito de rebelión ni cuando examina el delito de rebelión. Cuando procede a analizar la acusación por el delito de rebelión (que requiere un alzamiento público y violento, de acuerdo con el artículo 472 del Código Penal), tras señalar que «[…] no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión», el Tribunal concluye rechazando la acusación de rebelión, señalando clara y expresamente que ese rechazo se debe a la ausencia de violencia preordenada, instrumental o funcional en la llamada al voto:

> «Una violencia —que existió y como tal la hemos declarado probada— que no pueda calificarse como funcional, preordenada o instrumental, no colma las exigencias típicas del delito por el que el Fiscal y la acusación popular formulan acusación» (p. 271).

> «La exclusión del delito de rebelión, como propuesta final para el juicio de subsunción se produce, como venimos razonando, por la ausencia de una violencia instrumental, ejecutiva, preordenada y con una idoneidad potencial para el logro de la secesión» (p. 275).

Pero más allá de esa consideración, a la hora de examinar la acusación por sedición de la Abogacía del Estado (delito que requiere alzamiento publico y tumultuario según el artículo 544 del Código Penal), aun cuando el Tribunal Supremo encuentra a varios de los acusados culpables de ese delito (penado con hasta quince años de cárcel), no justifica tal condena en la presencia de algún tipo de llamamiento a la violencia. Para justificar la condena, el Tribunal no solo expresa que la violencia no es un elemento necesario del tipo (pagina 280 de la sentencia: «[…] resulta obligado subrayar que la descripción típica no anuda al alzamiento público, presupuesto compartido con el delito de rebelión, su expresa caracterización como violento»), puesto que para consumar el delito basta con que se actúe «fuera de las vías legales». Además, admite, también expresamente, que para aplicar el artículo 544 e imponer las penas en él previstas bastaba que la conducta de los acusados incluyera «[…] una constatada actitud de rebeldía y oposición a la ejecución de órdenes judiciales» (p. 283). Se trata, pues, de fórmulas de resistencia, incluyendo resistencia no violenta:

> «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 —**si se quiere, resistencia no violenta** por acoger la terminología de la prueba pericial propuesta por D. Jordi Cuixart—. Esa negativa, en ese escenario, aunque no se diese un paso más, es por si sola apta e idónea para colmarlas exigencias típicas del delito de sedición» (p. 283. Subrayado del autor).

A lo largo de su Sentencia, el Tribunal Supremo deja claro que su apreciación de que los acusados eran reos del delito de sedición se basa en la existencia, como consecuencia de su llamada al voto, de una resistencia masiva, no de una resistencia violenta.

Similares consideraciones pueden aplicarse al segundo episodio tomado en consideración por la Sentencia, esto es, la concentración de más de cuarenta mil personas ante la Conselleria de Economía el 20 de septiembre de 2017 mientras las autoridades llevaban a cabo un registro en la sede de esa Conselleria. El considerable número de personas allí

concentradas obstaculizó la actuación y la salida de los encargados del registro. Pero, aun cuando el Tribunal Supremo consideró que la presencia de los manifestantes pudo haber ejercido un efecto intimidatorio sobre el equipo de registro, admitió también que la convocatoria de los organizadores de la manifestación no contenía llamada alguna a la violencia:

> «Esos mensajes eran reflejo fiel de la voluntad, compartida por los coacusados del delito de sedición, de hacer todo lo posible (**con el límite —no se negará— de agresiones violentas**, a salvo las previsibles pero no evitables que pudiesen protagonizar elementos no disciplinados)» (p. 380. Subrayado del autor).

De hecho, la convocatoria llamaba a una concentración pacífica y los organizadores emplearon a voluntarios para mantener el orden; si, así y todo, se cometieron actos de vandalismo contra coches de la Policía, el Tribunal Supremo deja claro que «habían sido dañados por algunos de los manifestantes» y no atribuye responsabilidad alguna a los condenados por ese hecho.

En el texto de la Sentencia, el Tribunal Supremo insiste en que las condenas por sedición se basan en el hecho de que los llamamientos de los organizadores a votar y a manifestarse impidieron la actividad de las autoridades. Tanto la llamada a manifestarse el 20 de septiembre como la convocatoria a votar el 1 de octubre resultaron en la concentración masiva de personas. En el primer caso, la concentración obstaculizó la acción de las autoridades judiciales; en el segundo, la concentración multitudinaria en los lugares de votación imposibilitó la entrada de la Policía para impedir la votación. Ahora bien, en ningún caso el Tribunal Supremo estima que hubo una incitación a la violencia ni implícita ni explícita.

En consecuencia, al haberse excluido de la Sentencia la referencia al llamamiento a la violencia por parte de los organizadores, y dada la presencia solo episódica o incidental de violencia en la práctica, cabe examinar la actuación de los condenados desde la perspectiva del artículo 11 del Convenio en relación con los límites que pueden imponerse legítimamente al ejercicio del derecho de reunión y manifestación pacíficas para verificar si tales límites (en el caso, una condena de hasta trece años de cárcel) son compatibles con los mandatos de ese artículo y la interpretación de su contenido llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6. REQUISITOS PARA LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO: LEGALIDAD Y PROTECCIÓN DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

El artículo 11 del Convenio permite la imposición de limitaciones o restricciones al derecho de reunión pacífica y establece una serie de requisitos para tal imposición. En el caso que aquí es objeto de análisis, debe recordarse que el referéndum había sido expresamente prohibido por varios mandatos de los tribunales y que los organizadores del referéndum han sido sentenciados a penas muy severas, que representan una restricción *a posteriori* del derecho de reunión. La cuestión que se plantea, por tanto, es si esa restricción se adecua a

los requisitos establecido por el artículo 11 del Convenio. Las observaciones que siguen se refieren a los miembros del Govern condenados por sedición; posteriormente, se añadirán algunos comentarios referentes a la presidenta del Parlament y a los dos líderes políticos (Jordi Sánchez y Jordi Cuixart) sin cargo político alguno.

El primer requisito del artículo 11 es que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar establecidas en la ley. La jurisprudencia de Estrasburgo señala que la ley en cuestión debe ser suficientemente clara en lo que respecta a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento de aquellas limitaciones (*Kudrevicius*, §§108-109). En cualquier caso, es imposible que las leyes prevean hasta el más nimio detalle (*Ezelin vs. Francia*, § 45), de forma que usualmente será necesaria una tarea de interpretación por los tribunales (*Kudrevicius*, § 110).

En el ordenamiento español, la convocatoria de un referéndum ilegal no es un hecho constitutivo de delito; las previsiones del Código Penal que criminalizaban los referéndums ilegales fueron derogadas en 2005. En el caso, se condenó a varios de los acusados por (entre otros) el delito de sedición (art. 544 del Código Penal). En la literatura penalista española no ha faltado un amplio debate sobre la delimitación de ese tipo penal, especialmente sobre el significado y alcance del término «fuerza» (dado que el CP define la sedición como la acción consistente en «[…] impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes»). Ciertamente, si se considerase que el artículo 544 carece de un nivel mínimo de claridad, ello podría dar lugar a plantear la cuestión referente a la vulneración no solo del artículo 11 del Convenio, sino también del artículo 7 del mismo, que exige la legalidad de delitos y penas. Sin embargo, si bien la dogmática penal puede discutir si la aplicación del artículo 544 era la más adecuada o si otra tipificación habría sido más acertada, no cabe duda de que los condenados conocían con toda certeza que existían órdenes de los tribunales prohibiendo el referéndum, y que, consiguientemente, su conducta podría ser acreedora de algún tipo de sanción; una condena penal de algún tipo era, por lo tanto, racionalmente previsible. Cuestión distinta era el tipo concreto que se les aplicaría, puesto que, en principio, según los propios escritos de acusación los hechos que estamos analizando eran subsumibles en varios tipos penales —desobediencia, rebelión o sedición—, tipos invocados por las acusaciones durante el procedimiento penal. Pero esta es una cuestión de apreciación técnica que debe llevar a cabo el tribunal encargado del caso; de cualquier modo, y por lo que se ha señalado, el requisito de previsibilidad de la sanción derivado del artículo 11 del Convenio se cumple con suficiente precisión.

El segundo requisito establecido por el artículo 11 del Convenio versa sobre la necesidad de que las restricciones al derecho de reunión pacífica respondan a una lista de intereses taxativamente enumerados en ese artículo. En el presente supuesto, y dado que el referéndum había sido expresamente prohibido, las restricciones impuestas (esto es, la penas impuestas *a posteriori* por el Tribunal Supremo) pueden considerarse dentro de la «protección de la seguridad nacional y el orden público» o «para evitar desorden y crimen», dos de los requisitos que figuran en la lista del artículo 11.

7. PROPORCIONALIDAD

Finalmente (y este suele ser el factor determinante a la hora de delimitar la legitimidad de las restricciones a derechos del Convenio), el artículo 11 establece que las restricciones o limitaciones al derecho de reunión pacífica deben ser «necesarias en una sociedad democrática». Respecto a este y otros derechos, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido amplia oportunidad de precisar en su jurisprudencia el concepto de «necesidad»; debe tratarse una necesidad imperiosa, y debe interpretarse restrictivamente, dada la importancia del derecho de reunión y manifestación como fundamento de una sociedad democrática (*Kudrevicius*, § 142). Un elemento esencial de la apreciación de esa necesidad es la proporcionalidad de las restricciones o limitaciones del derecho. Para ello, el Tribunal ha tenido en cuenta una serie de factores.

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado en muchas ocasiones que, puesto que las autoridades públicas pueden establecer condiciones y límites a la convocatoria de reuniones y manifestaciones, también pueden, coherentemente, imponer legítimamente sanciones o penas a los organizadores o participantes si no respetan esos límites y condiciones (*Ziliberberg vs. Moldova* (dec.), 2004, § 2; *Primov vs. Rusia*, 2014, § 118). Las autoridades domésticas disponen de un margen de apreciación para determinar la naturaleza y extensión de esos limites y condiciones a la hora de imponer las correspondientes sanciones (*Kudrevicius*, § 156), siempre sujetas a la eventual revisión por el Tribunal de Estrasburgo. Pero, como se indicó, el TEDH ha establecido criterios más precisos. Por ejemplo, la ilegalidad de una reunión o manifestación no da a las autoridades un cheque en blanco para la imposición de sanciones; estas siempre deben estar sujetas al requisito de proporcionalidad (*Primov vs. Rusia*, § 11), ya que, como se dijo, reunión ilegal no equivale a reunión violenta. Y el Tribunal ha añadido otros criterios de orden sustantivo para evaluar la proporcionalidad de las restricciones y las sanciones. Por ejemplo —y señaladamente—, que si las reuniones y manifestaciones son pacíficas, no deben imponerse, en principio, límites bajo la amenaza de sanciones penales (*Akgöl y Göl vs. Turquía*, 2011, § 43) ni, sobre todo, bajo la amenaza de una eventual sanción de pérdida de libertad (*Gün y otros vs. Turquía*, 2013, § 83: «Por ello, [el Tribunal] recalca que una manifestación pacífica no debe, en principio, verse sometida a la amenaza de una sanción penal […] y en particular, de una privación de libertad». Este criterio conduce al Tribunal a manifestar que «[…] el Tribunal debe examinar con particular atención (*particular scrutiny*) los casos en los que las sanciones impuestas por las autoridades nacionales por conductas no violentas implican una condena de prisión» (*Taranenko vs. Rusia*, 2014, § 87).

Desde la perspectiva, pues, de los derechos reconocidos en el Convenio, no se trata de considerar si el tipo aplicable era efectivamente el de sedición (como mantenía la Abogacía del Estado) o de rebelión (como mantenían el Ministerio Fiscal y la acusación popular), cuestión esta a resolver por el Tribunal Supremo. Se trata, por el contrario, de verificar si las penas impuestas (independientemente del tipo elegido) guardan la necesaria relación de proporcionalidad con el interés protegido a la vista de la relevancia del derecho de reunión y manifestación en una sociedad democrática y su íntima vinculación con el derecho a la libertad de expresión.

En el presente caso, las penas impuestas a los miembros del Govern por haber organizado un referéndum y llamar a los ciudadanos a comparecer masivamente en los centros de votación el día 1 de octubre de 2017 corresponden esencialmente (en algunos casos, en concurso con otros) al delito de sedición, castigado con penas de diez a quince años de prisión en el caso de autoridades (artículo 545 del Código Penal). A la hora de apreciar la proporcionalidad de la pena, debe tenerse en cuenta que la duración de la pena de prisión impuesta es similar o superior a la correspondiente a delitos como agresión sexual (art. 180 CP), homicidio (art. 138 CP) o trata de personas (art. 177 bis CP). Algunos de los miembros del Govern fueron sentenciados, por el concurso de los delitos de sedición y malversación, a 13 años (Oriol Junqueras) o 12 años (Turull, Romera, Bassa); otros dos (Forn, Rull) fueron condenados, solamente por sedición, a penas de 10 años y seis meses de prisión. Pues bien, si se considera que la convocatoria a votar en el referéndum suponía forzosamente concentraciones masivas, pero no implicaba una incitación a la violencia por parte de los organizadores sino, y como admite el Tribunal Supremo, a la resistencia (aun cuando se tratara de una convocatoria ilegal), a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y aun tomando en consideración la agravación que para dos de los condenados supuso la apreciación de malversación, las penas impuestas se sitúan claramente fuera del criterio de proporcionalidad y, por lo tanto, no pueden ser incluidas en el concepto de «medidas imperiosamente necesarias en una sociedad democrática. Una cosa es la posibilidad de sancionar legítimamente conductas ilegales (en este caso, desobedecer órdenes judiciales que prohibían la votación) y otra es imponer a los organizadores de reuniones pacíficas —aun cuando ilegales— para la expresión de votos, opiniones o sentimientos políticos, sanciones de una severidad equivalente a las que el CP prevé para graves delitos contra la vida y la integridad física de las personas. Y ello además teniendo en cuenta que, como reconoce el Tribunal Supremo, el Estado disponía de medios suficientes y menos gravosos para evitar las consecuencias políticas perseguidas por la convocatoria de un referéndum ilegal:

> «Bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del Boletín Oficial del Estado que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña» (p. 269).

8. OTRAS CUESTIONES

Surgen diversas cuestiones específicas en lo que se refiere a las penas impuestas a la presidenta del Parlamento de Cataluña, Carmen Forcadell, (11 años de prisión por sedición) y a los dos líderes políticos sin responsabilidades gubernamentales, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart (nueve años de prisión por sedición). Dados los límites de la presente exposición, se tratarán solo brevemente.

En lo que atañe a la Sra. Forcadell, la condena se le impuso por su actuación como presidenta del Parlamento de Cataluña en los procedimientos legislativos que condujeron

finalmente al referéndum de 1 de octubre de 2017. A partir de su Sentencia en el caso *Castells vs. España* (1992), la jurisprudencia de Estrasburgo ha subrayado la importancia que reviste, en los sistemas democráticos, la garantía de la libertad de expresión de los representantes del pueblo en el Parlamento. Obviamente, la garantía de esta libertad se refiere no solo al derecho de los miembros del Parlamento a expresar libremente sus opiniones y votos, sino también a la capacidad de organizar y decidir, en el ámbito parlamentario, reuniones, sesiones, agendas y calendarios para facilitar esa expresión. La restricción de esa libertad suscita graves cuestiones que afectan no solo a los artículos 10 y 11 del Convenio, sino también al artículo 3 del Protocolo 1, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a elecciones libres allí reconocido se vería reducido a la nada si se privase a los representantes electos de la capacidad de programar y llevar a cabo libremente sus funciones. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso (a diferencia de lo resuelto en la decisión *Forcadell y otros vs. España*, 2019), las restricciones al derecho en cuestión han consistido en sanciones penales muy graves.

Respecto a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, que no son en modo alguno autoridades públicas, sus condenas (ambos a 9 años de prisión) se basaron, esencialmente, no solo en su participación en la organización del referéndum (en la que, de todas formas, no habrían podido tener un papel equiparable al de los miembros del Govern), sino también —o sobre todo— en la organización y participación en la concentración ante la Conselleria de Economía el 20 de septiembre de 2017. A este respecto, y dadas las circunstancias de esa concentración, no puede considerarse que, al convocarla, desobedecieran orden judicial alguna. Desde esta perspectiva, y en lo que se refiere a los organizadores, la convocatoria de esa concentración difícilmente puede considerarse ilegal. Pero además, no puede estimarse (y la Sentencia del Tribunal Supremo no lo estima en forma alguna, sino que, como se vio, lo rechaza explícitamente) que los convocantes de la concentración tuvieran intenciones violentas ni que incitaran a la violencia o participaran en actos violentos. Ciertamente, la concentración supuso una alteración del orden público, puesto que la aglomeración de miles de personas obstaculizó la entrada y salida de la Consejería del equipo de registro. Pero ello parece más una consecuencia derivada naturalmente de una concentración masiva de personas que del ejercicio voluntario y premeditado de violencia contra cosas o personas.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

LAS EUROÓRDENES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA
THE EUROPEAN ORDERS ISSUED BY THE SPANISH SUPREME COURT

Nicolás González-Cuéllar Serrano

Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Las órdenes de detención y entrega emitidas por el magistrado instructor contra los procesados rebeldes han supuesto, por ahora, un fracaso para el espíritu de integración europea y la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia que habría de basarse en el respeto del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, al haber sido dichas órdenes rechazadas por Alemania y Bélgica con argumentos absurdos. Tras la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el magistrado instructor ha reactivado las euroórdenes contra los fugitivos que ahora deben ser resueltas por Bélgica y Reino Unido. La respuesta que los Estados de ejecución den a la mismas puede originar la necesidad de tratar de profundizar en el sistema europeo de persecución transfronteriza de personas sospechosas de la comisión de delitos o condenadas mediante una unificación de los criterios de admisión y rechazo de las órdenes mediante un diálogo decisional de tribunales presidido por la idea de una reciprocidad integradora.

PALABRAS CLAVE

Cooperación judicial, Unión Europea, Orden Europea de Detención y Entrega, integración, reconocimiento mutuo, confianza, rebeldía, fuga, denegación entrega, reactivación euroorden, dialogo decisional, reciprocidad.

ABSTRACT

The European Arrest and Surrender orders issued by the investigating magistrate against the fled prosecuted has damaged the spirit of the European integration and the construction of the area of freedom, security and justice, which might be based on the respect of mutual recognition of judicial resolutions, due to the rejection of these orders by Germany and Belgium with preposterous arguments. After the resolution issued by the Second Chamber of the Supreme Court, the investigating magistrate has reactivated the European orders against the fugitives, and these must be resolved by Belgium and the United Kingdom. The answer from the states of execution give to them may therefore strive to move towards the European system of cross-border persecution of suspects in criminal cases or those already condemned through a unification of the criteria of admission and rejection of the aforementioned orders. This also requests a decisional dialogue of tribunals headed by the idea of an integrating reciprocity.

KEYWORDS

Judicial cooperation, European Union, European Arrest and Surrender Warrant, integration, mutual recognition, confidence, in absentia, escape, rejection of surrender, reactivation of European order, decisional dialogue, reciprocity.

LAS EUROÓRDENES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

Nicolás González-Cuéllar Serrano
Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

La Orden Europea de Detención y Entrega, comúnmente llamada *euroorden* (y a la que en lo sucesivo nos referiremos con el acrónimo ODE), debería ser vista y funcionar como el *mascarón de proa* del armazón de instrumentos normativos europeos para el *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* entre los Estados miembros de la Unión, que ha sido proclamado —cabría decir que *ad nauseam*— como la piedra angular del *espacio europeo de libertad, seguridad y justicia* y que, en el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se establece como la base de la cooperación jurisdiccional en materia penal.

Aunque en su día la aprobación de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, dentro del entonces llamado *tercer pilar*, pudo considerarse precipitada, dada la ausencia de una normativa europea que previera unas garantías mínimas de las personas investigadas y acusadas en los procesos penales de los Estados miembros en los que la ODE había de insertarse, en la actualidad la competencia de la Unión para regular los derechos de las personas intervinientes en el proceso penal se contempla en el art. 82.2 b) TFUE y aquellas garantías lucen en distintas directivas que han colmado el vacío que motivaba la crítica indicada, que ponía de manifiesto la existencia de un indeseable desequilibrio entre la protección del *interés de persecución penal* y la tutela de los *derechos de la ciudadanía* en el Derecho de la Unión Europea.

Superado el escollo de la *anomía europea* en materia de garantías procesales en los sistemas de justicia penal, la nave del *reconocimiento mutuo* no debería encontrar obstáculos a su singladura, más allá de los inevitables problemas puntuales de interpretación jurídica que puedan surgir en la práctica, problemas susceptibles de ser aclarados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a través de la resolución de las correspondientes cuestiones

prejudiciales. Lamentablemente, la realidad ha demostrado, en la —por ahora— infructuosa ejecución de las ODE remitidas por el magistrado instructor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la causa sobre el *procés,* Excmo. Sr. D. Pablo Llarena, a Alemania, Bélgica y el Reino Unido, que el *barco* de la cooperación judicial entre los Estados de la Unión Europea para la puesta a disposición de la justicia de los fugitivos transfronterizos pierde su rumbo fácilmente por falta de timonel y por dispersión del poder de decisión entre una ingente cantidad de tripulantes, y que hace aguas, hasta el punto de poner en riesgo la flotabilidad. Ello es debido a un defectuoso diseño, que dotó al instrumento europeo de cooperación del que nos ocupamos de una estructura endeble, incapaz de soportar serios desafíos lanzados desde el Derecho a la innata preferencia de los poderes estatales por volver al viejo puerto de la prevalencia de la política, en el que tantas veces se han refugiado los delincuentes huidos al extranjero (mediante la atribución de finalidades subversivas a sus crímenes).

Aunque ninguna ODE española ha sido rechazada con el argumento de la motivación política del delito perseguido, la ausencia de una fundamentación jurídica seria en las resoluciones denegatorias de entrega emitidas por Alemania y Bélgica en relación con Puigdemont, la primera, y con Comin, Puig y Serret la segunda, sugieren que el Tribunal Superior del *land* de Schleswig-Holstein y la Fiscalía belga han coincidido en un triste viaje de retorno al *paradigma de la desconfianza* en la justicia de los Estados extranjeros en el que se ha situado siempre la extradición clásica, paradigma que se creía superado en el seno de la Unión por un europeísmo ilusionado por la supresión de las fronteras en la cooperación judicial supranacional.

Para desgracia del espíritu de integración europea, el viejo *paradigma de la desconfianza*, fundado —a la postre— en la descarnada competencia histórica entre los Estados por la supremacía en el ejercicio del poder político, ha resucitado en el momento en que se ha llamado a la cooperación para la aplicación del principio del Estado de Derecho en defensa del orden constitucional ante un intento de golpe de Estado en un país europeo. Aparentemente resulta paradójico, aunque una mirada sobre el trasfondo cultural explicativo del fracaso del intento de entrega de los fugitivos revela la persistencia de prejuicios ancestrales y sesgos cognitivos congénitos que dificultan, cuando no impiden, la colaboración internacional, como en el caso que nos ocupa ha acontecido hasta ahora. No es casual —por tanto— que el fantasma del *aislacionismo judicial* vuelva a hacerse visible en Europa, con el cierre de las barreras que impiden la persecución transfronteriza, en un asunto en el que se reclama para su enjuiciamiento a dirigentes políticos acusados de la comisión de graves delitos cuya finalidad última consiste en lograr la fragmentación de la soberanía, la desintegración del territorio y el trazado de una nueva frontera en el continente. Se trata de una motivación de los delitos por los que se encuentran procesados los fugitivos totalmente coherente con la rancia *ideología del aislacionismo* que subyace a las decisiones de denegación de las ODE adoptadas por Alemania y Bélgica, y al escaso entusiasmo con el que Reino Unido ha encarado la tarea.

En la sentencia que es objeto de análisis, y al exponer las razones que le conducen a rechazar la alegación de las defensas sobre quebrantamiento del principio de legalidad, en

apoyo de la cual se invocaba la resolución germana denegatoria de la entrega de Puigdemont, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha elaborado un acertado diagnóstico de la situación y ha lanzado una seria advertencia sobre los negros nubarrones que se ciernen sobre el futuro de la ODE, señalando que la decisión del tribunal alemán, «[…] lamentablemente, lejos de ser invocada como un ejemplo a seguir, debería ser considerada como la expresión de lo que puede acabar con el principal instrumento de cooperación judicial para preservar los valores de la Unión». Y la misma sentencia, a continuación, recuerda que el Auto de 1 de julio de 2019, mediante el que se propuso una cuestión prejudicial ante el TJUE (acerca de la inmunidad de Oriol Junqueras), ya puso de relieve que el tribunal alemán había desbordado los límites de la euroorden.

2. ALEMANIA

La decisión del tribunal alemán de rechazar la entrega de Carles Puigdemont para su enjuiciamiento por delito de rebelión o sedición, de 12 de julio de 2018, resulta del todo desacertada, como la Sentencia 459/2019 del TS ha expuesto con claridad y concisión, reiterando las manifestaciones vertidas en su Auto de 1 de julio de 2019, antes citado:

> «[…] para concluir este rechazo, las autoridades judiciales del Estado requerido suscribieron una resolución cuyos razonamientos entraban a cotejar exhaustivamente los elementos constitutivos de la infracción penal y su influencia en el juicio de tipicidad. Se incluyeron también valoraciones de prueba sobre unos hechos que estaban siendo investigados en el marco de un procedimiento caracterizado por su complejidad y extensión. De su extraordinaria e inusual magnitud habla el dato de que incluya documentos cuya suma puede medirse por metros cúbicos. De un procedimiento que, en su versión digital, ocupa un repositorio que supera un terabyte. Nada de ello fue obstáculo para que las autoridades requeridas llegaran a pronunciarse sobre la intencionalidad del autor y su posición de dominio en la ejecución del hecho».

Tiene razón la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Los jueces de Schleswig-Holstein incurrieron en dos graves errores: primero, comparar de forma detallada —puntillosa, podríamos decir— los requisitos de los tipos penales alemanes y españoles, y segundo, pronunciarse sobre la autoría desde una perspectiva probatoria. Al actuar de tal forma, se excedieron en su cometido e invadieron la jurisdicción propia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España.

Conforme al art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, los Estados de ejecución de la euroorden pueden aplicar el requisito de la *doble incriminación* cuando la infracción por la que se solicita la entrega no esté incluida en el listado de treinta y dos categorías de delitos que impide condicionarla a tal exigencia (establecido por el apartado segundo del mismo precepto), pero la coincidencia en la punición del hecho en ambos ordenamientos debe examinarse con independencia de los *elementos constitutivos* de la infracción y de su *calificación legal*, como expresamente prevé la norma citada.

En la Sentencia de 11 de enero de 2017, dictada en el *caso Grundza* (invocada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo), la Sala Quinta del TJUE ha resuelto una cuestión

prejudicial sobre el requisito de la doble incriminación en la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. En ella se afirma que el requisito de la doble tipificación no exige «[…] que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados» (F. 33). «El requisito de la doble tipificación —afirma el TJUE— constituye una excepción a la regla del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena (y al reconocimiento de la ejecución de la orden de detención, añadimos nosotros). Por lo tanto, los supuestos de aplicación del motivo de denegación del reconocimiento […] basado en la ausencia de doble tipificación debe ser objeto de una aplicación estricta, con el fin de limitar los casos en los que no procederá el reconocimiento ni la ejecución» (F. 46).

Como afirma la Sentencia dictada por la Gran Sala en el *asunto Piotrowski*, de 23 de enero de 2018:

> «[…] las autoridades judiciales de ejecución, en principio, solo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria, establecidos en el artículo 3 de la Decisión Marco 2002/584, y en los de no ejecución facultativa, establecidos en los artículos 4 y 4 bis de esta Decisión Marco. Por consiguiente, la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución de tal orden se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta (véanse, en este sentido, las Sentencias de 29 de junio de 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, apartado 19, y de 10 de agosto de 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, apartados 50 y 51)».

Justo al contrario, los jueces de Schleswig-Holstein compararon los elementos constitutivos de los tipos penales y españoles y —yendo más allá de lo que hubieran debido hacer incluso en un proceso extradicional— extrajeron conclusiones probatorias a partir de la escasa información sobre los hechos de la que disponían —ceñida a lo exigido en el formulario correspondiente— para privar de potencialidad subversiva a la violencia y para situar a Carles Puigdemont fuera de la escena del crimen, atribuyéndose así, indebidamente, la función del enjuiciamiento de los hechos —de plano y sin posibilidad de recurso ante un órgano judicial superior—.

El acierto o desacierto de las apreciaciones fácticas de los jueces alemanes resulta indiferente, incluida la comparación de los acontecimientos sucedidos en septiembre y octubre de 2017 en Cataluña con la ocupación del aeropuerto de Frankfurt en 1981, que no fue considerada por el Tribunal Supremo Federal alemán delito de alta traición en su Sentencia de 23 de noviembre de 1983. También es irrelevante la coincidencia o no de sus aventuradas opiniones con la descripción de lo sucedido realizada en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (el relato de hechos probados). Lo relevante para nuestro análisis es la improcedente asunción por el tribunal de ejecución de la euroorden de la función propia de un tribunal sentenciador, lo que ha supuesto la palmaria conculcación del derecho al juez legal establecido por el art. 24.2 CE y el art. 6 CEDH.

3. BÉLGICA

Tradicionalmente, Bélgica ha sido un Estado propicio para la sustracción de los fugitivos españoles a la acción de la justicia. Una buena muestra de su displicente trato hacia la justicia española es la ausencia total de colaboración para la entrega de Natividad Jáuregui Espina (alias *La Pepona*), a quien la Audiencia Nacional atribuye haber formado parte del Comando Vizcaya y haber participado en el asesinato —con un tiro en la nuca— del teniente coronel Román Romeo Rotaeche en 1981. Con el argumento de un deficiente respeto a los derechos humanos en España, Bélgica ha cerrado una y otra vez la puerta a las solicitudes de colaboración que se le han enviado no solo para la entrega de la fugitiva, sino incluso para el esclarecimiento de hechos. Pues bien, recientemente el TEDH, en Sentencia de 9 de julio de 2019, ha declarado que Bélgica ha vulnerado el derecho a la vida del art. 2 del Convenio de Roma por su insensible inacción y le ha reprochado que haya aducido, como motivo de denegación del auxilio solicitado por España, una supuesta transgresión de los derechos humanos sin molestarse en poner un solo ejemplo de ello.

Con el antecedente relatado, poco puede extrañar que la Fiscalía belga rechazara en 2018 la ODE contra los procesados fugados con la excusa de que no se basaba en una orden de detención o resolución judicial equivalente, tal y como resulta exigible según la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 1 de junio de 2016, en el *caso Bob-Dogi*, cuando la privación de libertad que se trataba de ejecutar se derivaba de los correspondientes Autos de prisión, ratificados en el Auto de procesamiento, resoluciones judiciales a todas luces aptas para servir como fundamento de la ODE.

Recordemos que la Sentencia mencionada resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal rumano acerca del art. 8, apartado primero, letra c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI frente a una orden de detención y entrega emitida por un tribunal húngaro frente al ciudadano rumano Niculaie Aurel Bob-Dogi. El tribunal rumano preguntaba si la orden de detención europea debía ser cumplida aunque no se hubiera dictado, como base de la misma, una orden de detención nacional, como sucedía en el «procedimiento simplificado» húngaro, en el cual la Ley CLXXX de 2012 autorizaba la emisión directa de la ODE sin respaldo en una resolución judicial nacional autónoma.

Según la Sala Segunda del TJUE:

> «Este concepto de "orden de detención europea", que se emplea de modo sistemático en el título, los considerandos y los artículos de la Decisión Marco, salvo en el artículo 8, apartado 1, letra c), permite entender que esta última disposición se refiere a una orden de detención distinta de la orden de detención europea contemplada por todas las demás disposiciones de la Decisión Marco, que solo puede ser por tanto una orden de detención nacional.
> Esta interpretación también viene corroborada por el tenor de la letra b) del formulario que figura en el anexo de la Decisión Marco, en particular por los términos "Decisión sobre la que se basa la orden de detención", formulario al que se refiere expresamente el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión Marco, y que procede por tanto tomar en consideración al interpretar el artículo 8, apartado 1, letra c), de esta, puesto que dichos términos confirman que la orden de detención europea debe basarse en una resolución judicial, lo que implica que se trata de una decisión distinta de la decisión de emitir dicha orden de detención europea".

Entre otras consideraciones adicionales, la misma Sentencia advierte que la emisión de una orden europea de detención directa, sin resolución nacional previa, «[…] puede vulnerar los principios de reconocimiento y confianza mutuos sobre los que se construye el sistema», ya que la autoridad de ejecución se ve impedida para comprobar el cumplimiento del requisito establecido por el art. 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco, que a juicio del tribunal es de especial transcendencia, dado que supone que la persona ha podido disfrutar de las garantías procesales y los derechos fundamentales del Derecho del Estado de emisión de la orden. Se establece así —explica la Sentencia— un doble nivel de protección: el primero al dictarse la resolución nacional y el segundo al emitirse la orden europea.

Ahora bien, en coherencia con la finalidad garantista y no simplemente formal del requisito, la ausencia de mención de la resolución nacional en la orden europea no es suficiente para el rechazo de la ODE en el Estado de ejecución. Es necesario que la resolución nacional no exista o no sea identificada por la autoridad del Estado de emisión cuando la autoridad del Estado de ejecución solicite información al respecto, cosa que habrá de hacer cuando en el formulario recibido no se haga referencia a ella. En palabras de la Sala Segunda del TJUE:

> «[…] el artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco incluye un requisito de regularidad cuya observancia constituye una condición de la validez de la orden de detención europea, el incumplimiento de este requisito debe tener como consecuencia, en principio, que la autoridad judicial de ejecución no dé curso a dicha orden de detención.
> Dicho esto, antes de adoptar tal decisión, que, por su naturaleza, debe ser excepcional en el marco de la aplicación del sistema de entrega establecido por la Decisión Marco, dado que éste se basa en los principios de reconocimiento y confianza mutuos, dicha autoridad judicial debe, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor que le facilite urgentemente toda la información complementaria necesaria para poder examinar si la falta de una indicación, en la orden de detención europea, de la existencia de una orden de detención nacional se debe a que efectivamente no existe una orden de detención nacional previa y distinta de la orden de detención europea o a que, a pesar de existir, no ha sido mencionada.
> Si, habida cuenta de la información facilitada con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, así como de todos los demás datos de que disponga la autoridad judicial de ejecución, dicha autoridad llega a la conclusión de que la orden de detención europea, a pesar de que se basa en la existencia de una "orden de detención" en el sentido del artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco, ha sido emitida sin que se haya dictado efectivamente una orden de detención nacional distinta de la orden de detención europea, dicha autoridad no podrá ejecutar la orden de detención europea por no cumplir esta los requisitos de regularidad previstos en el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco».

Como anteriormente se expuso, las ODE remitidas por el magistrado instructor del TS a Bélgica tenían como base los correspondientes autos de prisión contra los fugitivos, confirmados en el auto de procesamiento. Al respecto, el Auto de la Sala Segunda del TS, de 1 de julio de 2019, mediante el cual se planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el alcance de la inmunidad como eurodiputado electo de Oriol Junqueras afirmó:

> «Sin embargo, las autoridades judiciales del Estado requerido no reprochaban la inexistencia de una resolución previa que acordara la prisión, sino la denegación de esa naturaleza a uno de los

contenidos del auto de procesamiento, alterando la definición normativa que entiende por orden de detención nacional algo diverso a "resolución judicial ejecutiva" que la acuerde».

En definitiva, la doctrina Bob-Dogi, relativa a la inexistencia de resoluciones judiciales internas restrictivas del derecho a la libertad, resultaba claramente inaplicable y presenta la apariencia —en si misma altamente rechazable— de haber sido utilizada como mera coartada teórica para proseguir la secular política belga de falta de colaboración con la democracia española en la persecución de los más graves atentados contra el Estado de Derecho.

4. LA REACTIVACIÓN DE LAS EUROÓRDENES

Dictada la sentencia, el magistrado instructor, a petición de la Fiscalía, ha vuelto a emitir las correspondientes euroórdenes para hacer comparecer ante la justicia española a los procesados rebeldes, que han fijado su residencia en Bélgica y en el Reino Unido.

Ha sido necesaria la reactivación porque, previamente, al denegarse la extradición de Puigdemont por los delitos de rebelión y sedición, las ODE habían sido dejadas sin efecto por el mismo magistrado instructor con el fin de evitar una ruptura del objeto del enjuiciamiento y una transgresión del principio de igualdad ante la ley de los acusados, debidas al condicionamiento de la jurisdicción a las decisiones de denegación de reconocimiento erróneas que se han referido.

Aunque se ha aducido que la decisión de retirada de las órdenes de detención no tiene respaldo normativo, esta crítica carece de fundamento, pues a toda medida cautelar —también a la detención (tanto en el ámbito nacional como internacional)— se le aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual su mantenimiento depende de la permanencia en el tiempo de las circunstancias del caso concreto que hayan justificado su adopción. Si tales circunstancias cambian, de forma que sea previsible que la medida cautelar no satisfará su finalidad, la medida habrá de ser revocada o modificada. Ninguna norma de Derecho internacional, europeo o nacional, impone a un tribunal de un Estado la obligación de aceptar la entrega de un fugitivo condicionada por otro Estado a un enjuiciamiento fragmentario de su responsabilidad conforme a la ley interna y para asegurar la presencia en el juicio de los procesados rebeldes es función del órgano judicial competente —el magistrado instructor— valorar si una entrega condicionada sirve en el caso concreto al interés de la justicia o resulta inconveniente para su realización.

El *principio de necesidad* en el ejercicio de la acción penal impide que, por motivo de *oportunidad*, fuera de los casos legalmente previstos para la válida disposición de la acción penal, el delito quede sin sanción, pero no obliga a las autoridades de persecución penal a limitar la aplicación del *ius puniendi* estatal por la necesidad de contar con auxilio internacional para la entrega de los fugitivos si concurren razones fundadas para rechazar la entrega y se mantiene la expectativa de un futuro enjuiciamiento sin restricciones.

Reactivadas las ODE, Bélgica se ha tomado su tiempo para su examen y Reino Unido, tras calificar la ODE recibida en un primer momento como «desproporcionada», le ha dado finalmente curso, pidiendo disculpas por el intempestivo e incomprensible rechazo inicial.

El tiempo dirá si ambos Estados cumplen sus obligaciones o buscan excusas y subterfugios para sortear la petición de colaboración que nuevamente tienen entre sus manos.

No obstante, en el caso de Bélgica, la ejecución de la orden de detención y entrega contra Puigdemont y Comin presenta el obstáculo de la inmunidad que les confiere a ambos su condición de eurodiputados una vez que han sido proclamados, según la interpretación del art. 9 del Protocolo (nº 7) de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea realizada por la Gran Sala del TJUE en su Sentencia de 19 de diciembre de 2019 —asunto C-509/19— como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Segunda del TS en su auto de 1 de julio de 2019. En síntesis, dicha resolución suscitaba la duda de si el entonces acusado Oriol Junqueras —una vez finalizado el juicio y a la espera de sentencia— gozaba de inmunidad, pese a no haber satisfecho el requisito de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución ante la Junta Electoral Central conforme exige la legislación española para adquirir la condición de parlamentario europeo y no haber tomado posesión de su escaño (por hallarse en situación de prisión provisional y no haber sido autorizado para salir del centro penitenciario), y planteaba también si —en caso de respuesta afirmativa al reconocimiento de inmunidad— la consecuencia habría de ser el levantamiento de la medida restrictiva de libertad con el fin de posibilitar el ejercicio de la función. En respuesta a las cuestiones planteadas, la referida Sentencia de la Gran Sala del TJUE concluye que el art. 9 del Protocolo indicado debe ser interpretado en el sentido de que:

> «— goza de inmunidad en virtud del párrafo segundo de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión;
> — esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas. Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo».

Es claro que el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la prisión provisional de los Sres. Puigdemont y Comin es el magistrado instructor del Tribunal Supremo de España, por lo que si, una vez conocido el criterio del TJUE acerca de la inmunidad no retira las órdenes de detención y entrega emitidos contra ellos el tribunal belga de ejecución, habrá de cumplir la solicitud de cooperación, poniendo a los reclamados a disposición de la justicia española, sin perjuicio de la necesidad de la inmediata petición al Parlamento Europeo, por el magistrado instructor, de la suspensión de la inmunidad para el mantenimiento de la medida restrictiva de libertad de a ambos fugitivos.

5. EL FUTURO DE LA ODE

Como con anterioridad se expuso, la Sentencia de la Sala Segunda del TS califica la resolución dictada por los jueces de Schleswig-Holstein como «[…] expresión de lo que puede acabar con el principal instrumento de cooperación judicial para preservar los valores de la Unión», en clara referencia a la usurpación de la potestad de enjuiciamiento del asunto realizada por el tribunal germano sobre la base de la desconfianza.

Pese a los muchos años de funcionamiento de la ODE, nuestro más alto tribunal penal constata que la desconfianza sigue siendo un obstáculo para la cooperación judicial, pese a haberse proclamado normativamente que la confianza es el pilar del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Surge así una fatal contradicción entre el *ser* y el *deber ser* ante la cual carece de sentido cerrar los ojos y que debe ser afrontada con decisión, no con el fin de eliminar la ODE del arsenal de instrumentos de cooperación, sino, antes al contrario, con el objetivo de potenciar su funcionalidad en una práctica transnacional equilibrada y ágil, fundada en la empatía entre los órganos judiciales de los distintos Estados de la Unión, en la capacidad de ponerse unos en el lugar de los otros.

Dicha práctica ha de partir de la cabal comprensión de los dos componentes del sintagma empleado en el art. 82.1 TFUE, que no establece el principio del *reconocimiento* de las resoluciones sin más, sino del *reconocimiento mutuo*. Y *mutuo* —del latín *mutuus*— según el Diccionario de la Real Academia Española tiene los siguientes significados:

> «1. adj. Dicho de una cosa: Que recíprocamente se hace entre dos o más personas, animales o cosas. U. t. c. s.
> 2. m. Der. Contrato real en que se da dinero, aceite, granos u otra cosa fungible, de suerte que la haga suya quien la recibe, obligándose a restituir la misma cantidad de igual género en día señalado».

Así que, en el lenguaje, común «mutuo» es recíproco y en el jurídico un determinado contrato oneroso basado en la equivalencia de prestaciones. En definitiva, el *reconocimiento mutuo* exige que el reconocido reconozca a quien le reconoce, pues si no lo hace defrauda la legítima expectativa depositada en su actuación futura y destruye la base sobre la cual el sistema de reconocimiento se asienta.

No cabe duda de que el mecanismo más eficaz para lograr una homogénea aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo consistiría en la posibilidad de revisión de las decisiones denegatorias ante un órgano jurisdiccional de la Unión Europea centralizado. Se conseguiría así corregir resoluciones denegatorias injustificadas, que el mecanismo de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE no puede evitar, dado que su planteamiento depende de la voluntad del órgano judicial de ejecución de la orden de entrega y no existe precedente de su utilización por un órgano judicial de emisión, que resultaría a todas luces problemática si se proyectara no sobre las decisiones propias, sino sobre las adoptadas por el órgano de ejecución. Es verdad que, hipotéticamente, podría atribuirse al órgano de emisión competencia para presentar una cuestión prejudicial frente a una denegación de reconocimiento, pero el método de revisión de la resolución que mediante esta vía se aplicaría sería sumamente artificioso: el órgano judicial de emisión formularía al TJUE

una pregunta sobre la procedencia o improcedencia del rechazo de la orden por el tribunal de ejecución —como si se tratara de una duda acerca del Derecho aplicable del órgano de emisión— para conseguir una decisión que posteriormente vinculara al tribunal de ejecución ante una nueva solicitud, cuya estimación supondría la privación del efecto de la intangibilidad de las resoluciones judiciales de fondo a la resolución previa (efecto negativo de la cosa juzgada material de la decisión denegatoria). Quedaría así desnaturalizado el instrumento de la cuestión prejudicial y resultarían vulnerados el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con frecuencia, como medio de fortalecimiento de la confianza, se aboga por el dialogo entre tribunales, susceptible de contribuir a un mejor entendimiento de los marcos normativos y de las prácticas jurisprudenciales internas por el conjunto de los jueces de la Unión llamados a cooperar entre sí. Y no cabe duda de que el intercambio de información que cualquier dialogo propicia es siempre positivo para superar la desconfianza basada en la ignorancia, los errores y los prejuicios. Lamentablemente, dicho diálogo resulta *insuficiente* si se mantiene de forma ocasional e informal y *oscurantista* cuando se produce a espaldas del público en cursos, reuniones u otros *sanedrines* profesionales de variada tipología. Para que el dialogo sea verdaderamente *fructífero* y *transparente* debe insertarse en el plano de relación institucional y adquirir un carácter estructurado e integral, mediante un intercambio de decisiones judiciales de carácter transnacional que reconozca como propios —o simplemente asuma como acertados— los criterios jurídicos utilizados por los tribunales de los otros países en la ejecución de las euroórdenes procedentes de los mismos. Con ello, el *reconocimiento* se vuelve verdaderamente *mutuo* y el intercambio de mensajes decisionales basado en los criterios compartidos se convierte en permanente acicate para la mejora del sistema de cooperación jurisdiccional.

En 2005, cuando Alemania rechazó la entrega a España de Darkanzali por delito de terrorismo debido a la anulación de la ley alemana sobre la euroorden por su Tribunal Constitucional, el pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó tramitar como solicitudes de extradición las peticiones de detención y entrega de españoles efectuadas por Alemania en aplicación del principio de reciprocidad.

No cabe olvidar que el principio de reciprocidad, constitucionalmente ligado a la extradición en el art. 13.3 CE, es consustancial a cualquier procedimiento de entrega transfronteriza de fugitivos. Es el principio esencial de la extradición, un *do ut des* que la regulación europea de la ODE no expresa no porque no sea aplicable, sino porque se da por descontado como base de un sistema en el que habría de primar la confianza. El principio de *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* no excluye, sino que presupone la reciprocidad. Es un *plus*, no un *alterius*.

En consecuencia, en aplicación de nuestra Constitución y sin quiebra del Derecho de la Unión Europea, si se producen nuevas denegaciones de ODE groseramente improcedentes como las que se han relatado, la Audiencia Nacional debería extraer las correspondientes conclusiones —del todo obvias— desde la perspectiva de una reciprocidad recuperada, entendida de forma diferente a la tradicional, no ya como signo de prestigio del Estado o

de respeto por sus instituciones, sino como una genuina herramienta de fortalecimiento de la confianza desde el dialogo institucional entre los tribunales de los Estados de la Unión.

Dicho de otro modo, la jurisdicción española debería sostener un constructivo dialogo de *reconocimiento de la posición del otro* haciendo nuestros sus criterios de denegación, si bien con una predisposición metodológica abierta a la utilización de líneas hermenéuticas favorables al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que sean aceptadas y aplicadas por el Estado solicitante. Desde la asertividad en la defensa de los valores constitucionales y europeos, el dialogo constructivo con los tribunales alemanes y belgas debe llevar a la Audiencia Nacional a ponerse en el lugar de sus autoridades cuando resuelven las ODE procedentes de dichos Estados. Así hablaremos todos un mismo lenguaje jurídico sobre cooperación judicial y la práctica nos permitirá avanzar juntos en la construcción de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia en la totalidad del territorio de una Unión Europea que avanza hacia la integración mientras rechaza la fragmentación.

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

ESTUDIOS

LA INEFICACIA DEL SISTEMA ESPAÑOL PARA REPARAR ECONÓMICAMENTE A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

THE INEFFICACY OF THE SPANISH SYSTEM TO COMPENSATE VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE

Helena Soleto Muñoz

Dpto. de Derecho penal, Derecho procesal e Historia del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La reparación económica a las víctimas de delito es uno de los objetivos del sistema de justicia español. Este trabajo analiza si el sistema español es eficaz en la reparación económica de las víctimas de violencia sexual a través de los dos mecanismos destinados a tal fin: por un lado, el pago de las indemnizaciones establecidas en sentencias condenatorias y, por otro, las ayudas directas otorgadas por el Estado a las víctimas. Los resultados del análisis evidencian la ineficacia del sistema procesal —que es generalizada para todo tipo de delitos— y, especialmente, la falta de interés por parte del Estado en la reparación a estas víctimas mediante las ayudas públicas. Ante este escenario, el trabajo evalúa algunas propuestas normativas y procedimentales encaminadas a mejorar la situación, entre ellas la denominada justicia restaurativa.

PALABRAS CLAVE

Víctima, reparación, justicia restaurativa, compensación, delito sexual, indemnización.

ABSTRACT

The economic compensation to the victims of crime is an objective of the Spanish justice system. The Spanish system compensation efficacy to victims of sexual violence is analyzed. The efficiency of the two existing mechanisms is studied; on the one hand, the effectiveness of payment of the indemnities contained in a resolution in by the criminal court, and on the other, the aid granted by the Government directly to victims. The results indicate the inefficiency of the procedural system, which is general for all types of crimes, and, above all, a lack of interest on the part of the Government in repairing victims of sexual violence. Formulas to improve both systems are addressed, through normative and procedural mechanisms, among which restorative justice can be appropriate in some cases and with certain safeguards.

KEY WORDS

Victim, compensation, restorative justice, sexual offence, aid.

LA INEFICACIA DEL SISTEMA ESPAÑOL PARA REPARAR ECONÓMICAMENTE A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Helena Soleto Muñoz
Dpto. de Derecho penal, Derecho procesal e Historia del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

1. PLANTEAMIENTO

En cualquier sistema jurídico moderno, un objetivo secundario a la represión del delito es la reparación de las víctimas, ya sea de forma abstracta —el juzgamiento y la pena impuesta al infractor en el proceso penal— o concreta —la compensación económica a cargo del condenado y concurrente, en general, en el mismo proceso—.

En los últimos tiempos se ha producido un cambio de paradigma en los sistemas de justicia europeos. Este viraje, auspiciado por la Unión Europea y el Consejo de Europa, se

* Trabajo realizado en el marco del proyecto FAIRCOM, financiado por la Comisión Europea, JUST-JACC-AG-2018 (directora del consorcio, Helena Soleto). La autora desea expresar su agradecimiento a las profesoras Aura Grané, Amaya Arnaiz y Belén Hernández Moura, y al profesor Alfonso Egea.

basa en un enfoque de la reparación mucho más intenso que, de algún modo, ha trastocado el sistema de justicia monocéntrico preponderante —que orbita alrededor de los derechos del acusado— mediante la atribución de un novedoso rol protagónico a la víctima.

Este cambio genera resistencias entre numerosos operadores jurídicos que consideran que el sistema penal tal y como lo conocemos —centrado, como acaba de señalarse, en los derechos del acusado— es adecuado, y que las víctimas están suficientemente protegidas —e incluso, en el caso español, que gozan de un espacio privilegiado—.

La doctrina procesalista española ha defendido que nuestro sistema procesal es especialmente ventajoso para las víctimas, ya que estas pueden ejercer la acción penal y civil en el proceso penal. Sin embargo, la realidad que viven las víctimas dista mucho de las previsiones que recoge la normativa.

En este marco, cobra particular interés llevar a cabo una reflexión sobre la situación de la víctima en el sistema de justicia que parta de un análisis de su realidad. Nos centraremos en una victimización especialmente relevante como es la sexual.

La magnitud de la victimización sexual es una realidad parcialmente sumergida y desconocida para los operadores jurídicos, ya que solo una parte de los hechos delictivos son denunciados por diversas circunstancias. En Europa, un 11% de mujeres ha sufrido violencia sexual desde los 15 años y una de cada 20 mujeres ha sido violada desde los 15 años (FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2015: 23). Se estima que, en el mundo, cerca de una de cada cinco mujeres es víctima de algún delito sexual durante su vida (Naciones Unidas, 2015: 145), lo que evidencia que el problema que analizamos tiene dimensiones epidémicas. Más de un 80% de las víctimas de delito sexual son mujeres (Instituto de la Mujer, 2018). Este porcentaje justifica que se considere que la razón de ser de este tipo de victimidad es el género.

El bajo nivel de denuncias es uno de los problemas de esta victimización. También lo es el gran impacto del hecho delictivo en la vida personal, que puede tener consecuencias en la salud mental dilatadas el tiempo y que incluso puede provocar el aumento de la revictimización.

Entre los factores que explican el reducido número de denuncias se encuentra la tramitación procesal y preprocesal del hecho delictivo. Gran parte de los casos gravitan en torno al consentimiento de la víctima. Por ello, esta es tratada procesalmente como fuente de prueba, y su consentimiento se convierte en el hecho cuestionado. Otra explicación reenvía a la escasa eficacia del sistema penal a la hora de imponer el castigo concreto y articular los mecanismos pertinentes para facilitar el pago de la compensación a la víctima.

En este trabajo se analiza la eficacia de la reparación económica a la víctima de delito sexual impuesta en la sentencia en el proceso penal o satisfecha a través del pago directo por el Estado, así como las posibles medidas orientadas a incrementar la eficacia de la compensación.

2. LA COMPENSACIÓN A LAS VÍCTIMAS COMO ESTÁNDAR DE JUSTICIA

La normativa internacional y española establece que uno de los objetivos del sistema de justicia penal es que los infractores indemnicen a las víctimas del delito. Además, la normativa europea hace especial hincapié en la eficacia del pronunciamiento indemnizatorio.

El artículo 16 de la Directiva 2012/29/UE, precepto que consagra el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, hace referencia en su apartado 2 a la eficacia del pago de la indemnización en estos términos: «Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente».

Por otra parte, es una obligación de los Estados de la UE promover sistemas que garanticen una indemnización justa y adecuada —ya sea mediante el pago del autor de la infracción, ya mediante una prestación pública—. Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 11 de octubre de 2016 (asunto C-601/14), resolución en la que el TJUE señala que esta exigencia no solo es predicable respecto de casos transfronterizos, sino para todos los casos. El artículo 12.2. de la Directiva 2004/80 («Todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establecen la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada»), dice la sentencia, «[…] debe interpretarse en el sentido de que pretende garantizar al ciudadano de la Unión el derecho a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos en el territorio de un Estado miembro donde se encuentre, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, obligando a cada Estado miembro a dotarse de un régimen de indemnización para las víctimas de todos los delitos dolosos violentos cometidos en su territorio». Esta sentencia —que contrasta con el sesgo conservador de pronunciamientos anteriores— supone un gran avance en la exigencia de la UE a los Estados miembros en el abordaje de esta materia (Vidal, 2015: 19).

En cuanto al Consejo de Europa, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia a la eficacia de la reparación a la víctima en estos términos: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional […]».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera en su jurisprudencia que la falta de eficacia del sistema penal en delitos sexuales constituye una infracción del artículo 13 y del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (trato inhumano y degradante). Entre otras, son particularmente relevantes las Sentencias dictadas en los siguientes casos: *W vs. Eslovenia*, n. 24125/06 de 23 de enero de 2014; O´Keeffe *vs.* Irlanda, 28 de enero de 2014, Gran Sala; *M. A. vs. Eslovenia*, n. 3400/07 y *N. D. vs. Eslovenia,* n. 16605/09, de 15 de enero de 2015; *I. P. vs. la República de Moldavia*, n. 33708/12, de 28 de abril de 2015.

El recurso del artículo 13, sostiene el TEDH, «debe ser eficaz en la práctica y en la ley» (*Paul y Audrey Edwards vs. Reino Unido*, n. 46477/99 § 96, 14 de junio de 2002) y debe prever una compensación cuando ello fuera adecuado, así como una investigación efectiva

(Centro de recursos legales en representación de *Valentin Câmpeanu vs. Rumania*, Gran Sala, n. 47848/08, § 149, 17 de julio de 2014).

El TEDH también ha declarado que la indemnización por parte del Estado en el marco de los delitos sexuales ha de formar parte del sistema establecido para sancionar los actos u omisiones que conlleven la violación de los derechos protegidos por el Convenio. En el caso *O´Keeffe vs. Irlanda*, Gran Sala n. 35810/09, § 177, 28 de enero de 2014, asunto relativo a abusos sexuales a una menor en un centro educativo de titularidad religiosa, el Tribunal señala que la indemnización por daños morales debe formar parte en principio del régimen de reparación establecido.

Si bien dos instrumentos del Consejo de Europa ya se referían a las indemnizaciones a víctimas —el Convenio Europeo sobre compensación por el Estado a víctimas de delitos violentos (ETS n. 116), de 1983, y la Recomendación 2006 (8) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre asistencia a víctimas de delito—, el más reciente Convenio de Estambul es más avanzado y concreto en lo que respecta a víctimas de delito sexual. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España en 2014, trata específicamente la violencia sexual, que se considera violencia por razón de género en la medida en que afecta las mujeres de manera desproporcionada (art. 3.d). El artículo 8 establece que los Estados dedicarán recursos financieros para cumplir los objetivos del Convenio. Por lo que respecta a la indemnización a las víctimas, el artículo 5 dispone que los Estados tomarán las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para actuar con la diligencia debida a fin de indemnizar a la víctima por los actos de violencia cometidos por actores no estatales. Por su parte, el artículo 30 estipula que, además de establecer medidas legislativas o de otro tipo para que las víctimas soliciten una indemnización de los autores, los Estados deben conceder indemnización adecuada cuando no esté cubierta por otras fuentes:

> «1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan derecho a solicitar una indemnización por parte de los autores de todo delito previsto en el presente Convenio.
> 2. El Estado debería conceder una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado. Esto no impide a las Partes requerir al autor del delito el reembolso de la indemnización concedida, siempre que la seguridad de la víctima se tenga en cuenta de manera adecuada.
> 3. Las medidas tomadas con arreglo al apartado 2 deberán garantizar la concesión de la indemnización en un plazo razonable».

Como se ha dicho, los compromisos normativos de España en relación con las víctimas de violencia sexual establecen que el mecanismo de indemnización a las víctimas debe ser rápido y eficaz y prevén pago por el Estado cuando la indemnización no sea abonada por el autor.

Este trabajo trata de analizar el grado de cumplimiento por parte de España de los estándares de la Unión Europea y del Consejo de Europa más allá de lo regulado. Sobre el papel hay mecanismos, pero en la práctica existe una absoluta desprotección de las víctimas de violencia sexual en España. Lo veremos en los siguientes apartados.

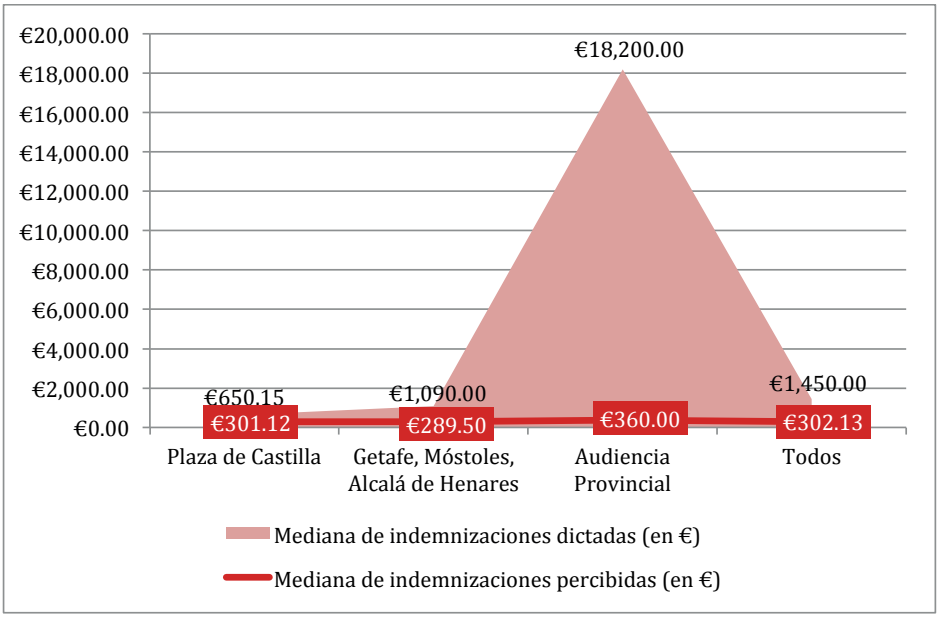
3. LA INEFICACIA DEL SISTEMA PROCESAL PENAL PARA LA REPARACIÓN ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

En el estudio realizado por Soleto y Grané (2018: 45) sobre eficacia del pago de la indemnización contenida en sentencia en expedientes de ejecutorias en los Juzgados de lo Penal y la Audiencia Provincial de Madrid, se ha medido el pago real y el correspondiente cobro de las indemnizaciones establecidas por las sentencias dictadas en procesos con víctima directa, y se ha constatado que, en general, el sistema procesal penal para que la indemnización sea pagada es ineficaz.

El estudio fue realizado con un muestreo por conglomerados —cada uno de los partidos judiciales de la Comunidad de Madrid y la Audiencia Provincial—. Los asuntos se seleccionaron dentro de cada conglomerado, respetando la segmentación por tipo de delito. Inicialmente, los cupos muestrales se calcularon para que, con un nivel de confianza del 95% (y suponiendo normalidad) las muestras obtenidas por conglomerados fueran representativas para un error no superior al 4% (aproximadamente).

Tras recoger los datos de 2763 expedientes de ejecutorias penales de los años 2012 a 2015 de ambos tipos de órgano, el estudio ha demostrado que un tercio de las víctimas no cobra nada, que un segundo tercio cobra solo una parte y que solo un tercio cobra su indemnización. Sin embargo, estos datos corresponden, en general, a las indemnizaciones más bajas, inferiores a 1600 euros. La mediana de cobro para todos los tipos de delito es de cerca de 300 euros, lo cual significa que la mitad de las víctimas que han obtenido en una sentencia un pronunciamiento indemnizatorio cobran menos de 302 euros.

Mediana de indemnizaciones dictadas y percibidas



Elaboración: Grané, a partir de los datos del estudio de Soleto y Grané (2018).

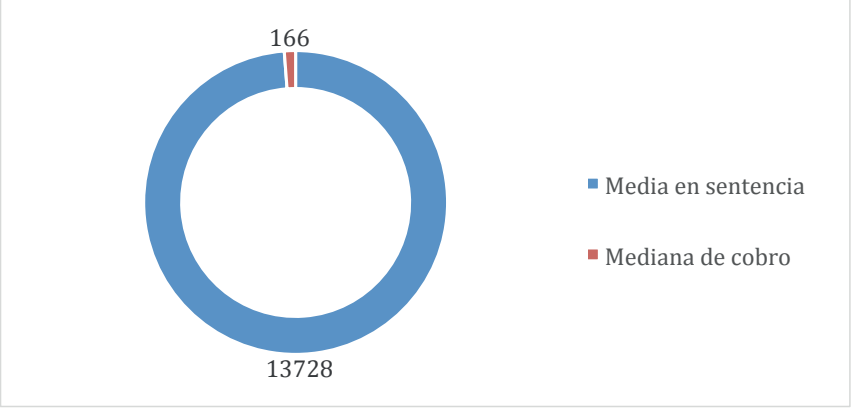
Otro hallazgo impactante del estudio es que la conformidad no mejora la situación de cobro en el Juzgado de lo Penal, lo que sí ocurre en la Audiencia Provincial. El compromiso de pago que suele realizarse en la conformidad acordada en los juicios rápidos o en el procedimiento abreviado no es eficaz, lo que sugiere un uso de la conformidad mecánico y de reducción de costes por parte de la Administración de Justicia, que no tiene en cuenta la reparación a las víctimas.

Los plazos de cobro también inciden negativamente en la situación de la víctima: en promedio, las víctimas que cobran algo lo hacen unos 5 años después de la comisión hecho delictivo.

En cuanto a la defensa letrada de las víctimas ejercida por la acusación particular, esta solo concurre en un 35% de los casos sentenciados por los Juzgado de lo Penal, y en un 63% de los casos resueltos por la Audiencia Provincial. Esta circunstancia es llamativa, y pone en evidencia que, al existir un número al menos diez veces más alto de asuntos en Juzgados de lo Penal que en la Audiencia Provincial, la gran mayoría de las víctimas en España no aprovechan la oportunidad de ejercer la acusación particular. Ello puede deberse a varias circunstancias; probablemente, la principal es el coste de los honorarios de la defensa y la representación, que solo son asumidos por el sistema público en casos de violencia de género, terrorismo y trata de seres humanos, y cuando las víctimas no dispongan de recursos económicos. Se ha comprobado que la participación de la acusación particular en el proceso tiene como efecto la determinación de una cuantía indemnizatoria mayor y que, además, el apoyo de un abogado y la participación activa de la víctima en el proceso generan resultados positivos para esta tanto a nivel práctico como para su bienestar y su salud (Elbers, Akkermans, Cuijpers y Bruinvels, 2013: 1435).

En lo que respecta a las indemnizaciones pagadas a víctimas de delito sexual, la media de las indemnizaciones establecidas en las sentencias es de 13.728 €, la mediana de 6.300 €, mientras que la media las indemnizaciones realmente pagadas por los infractores es de 1.911,9 €, con una mediana de 166,56 €.

Media y mediana de indemnización en condena por delito sexual



Elaboración: Grané sobre datos del estudio de Soleto y Grané (2018).

Esta es casi la peor relación entre indemnización dictada y pagada de todos los grupo de delitos analizados. La mediana solo es inferior en los hurtos y los robos.

Estas cifras coinciden con otras investigaciones sobre delitos sexuales centradas en víctimas menores de edad, por una parte, y en víctimas de trata, por otra: el estudio de sentencias dictadas en casos de victimización sexual de menores de edad realizado por Tamarit, Padró-Solanet, Guardiola y Hernández, (2017: 123) muestra que en 2.345 casos de delito sexual contra menores —que es el total de este tipo de asuntos juzgados en Audiencias Provinciales españolas entre 2011 y 2014— la media de las indemnizaciones establecidas en la sentencia es de 13.534,8 €, cifra muy cercana a la del estudio de Soleto y Grané (2018), que fija la media en 13.728 €.

En cuanto al pago de las indemnizaciones, la investigación sobre casos de víctimas de trata del proyecto de la Strada International (2018: 16) concluye que, de los 40 casos de víctimas de trata u otros delitos conexos estudiados en varios países de la Unión Europea —entre ellos, España— en los que el tribunal decidió otorgar una indemnización, solo en se efectuó el pago de una compensación a las víctimas. Ello supone que tres cuartas partes de las víctimas con una decisión judicial de indemnización a su favor no recibieron ninguna compensación monetaria. El estudio califica como una «práctica prometedora» la previsión de que, en España, el Fiscal reclame indemnización para las víctimas (La Strada, 2018: 17). Sin embargo, como hemos señalado, esto no supone un pago real de las indemnizaciones; en España, el impago de las indemnizaciones afecta todas las víctimas de delito sexual.

Las víctimas de delitos sexuales son las que menos posibilidad de cobro tienen y, probablemente, las que sufren consecuencias físicas y psicológicas más graves en su victimización. El proceso, finalizado por una sentencia que, en casi todos los casos, fija indemnizaciones a su favor, provoca una victimización secundaria porque genera una expectativa de pago del infractor y de cobro de la víctima que finalmente no se hace efectiva.

4. LA INEFICACIA DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO EN LA REPARACIÓN ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Tanto la normativa como la jurisprudencia de la Unión Europa y del Consejo de Europa exigen a los Estados un sistema de indemnizaciones o ayudas a cargo de los propios Estados para las víctimas de delito sexual.

A nivel general, el legislador español únicamente ha aprobado la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Su origen es el Convenio 116 de del Consejo de Europa, que en nuestro país entró en vigor en 2001. Más tarde, en 1999, estableció una normativa específica relativa a las víctimas de terrorismo que preveía unas indemnizaciones mucho más altas y un procedimiento de reclamación distinto.

Las cantidades que pueden obtener las víctimas según la ley de 1995 son definidas como «ayudas públicas», no como «indemnizaciones» (García, 2015: 461) y están previstas para cuatro supuestos: incapacidad, invalidez, fallecimiento, gastos funerarios y gastos terapéuticos —como eufemísticamente se denomina a la indemnización para las víctimas de delito sexual—. La ley de 1995 ha sido modificada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2018 en algunos apartados. Esta reforma ha introducido cambios poco relevantes en el procedimiento de solicitud de compensaciones por parte de las víctimas de violencia de género. Las decisiones de concesión o denegación corresponden al Ministerio de Hacienda y Función Pública, concretamente a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (en adelante, DGCPPP), y son revisables ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, organizada por los Ministerios de Hacienda y Función Pública y Justicia.

Como puede observarse en el cuadro, la cuantía de las ayudas concedidas para las víctimas de delito sexual («gastos terapéuticos») es sensiblemente inferior a la de las otorgadas en los demás supuestos.

Ayudas a Víctima de Delito concedidas por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, Ministerio de Hacienda y Función Pública, tipo de ayuda, número de solicitudes y concesiones, cantidades totales por tipo de ayuda

A.V.D.		**2016**		**2015**		**2014**		**2013**	
Cod.	Ayuda	Exped.	Importe	Exped.	Importe	Exped.	Importe	Exped.	Importe
SOLICITUDES:		**600**		**694**		**688**		**715**	
1	**Incapacidad**	22	115.415,50	14	52.716,28	13	88.518,89	29	134.849,73
2	**Invalidez**	31	800.643,14	43	1.222.724,39	27	763.457,42	39	1.048.474,69
3	**Gastos Terapéuticos**	23	15.235,38	9	8.305,18	9	10.790,04	19	34.450,60
4	**Fallecimiento**	126	3.042.306,79	156	3.931.902,26	121	2.597.203,04	154	3.122.251,58
5	**Gastos Funerarios**			6	10.090,56	4	8.642,73	3	5.445,80
	SUMA	202	3.973.600,81	228	5.225.738,67	174	3.468.612,12	244	4.345.472,40

Desde el año 1998, las cuantías totales destinadas a ayudas para víctimas no superan los 6 millones de euros. De esta cifra, las ayudas a víctimas de delito sexual, calificadas como «gastos terapéuticos» en el sistema, tienen muy poco peso: cerca de un 4% de los expedientes de concesión de ayuda lo son por este motivo, y representan porcentajes muy bajos de la cantidad total asignada a ayudas. Por ejemplo, el 0,15% en el año 2015 o el 0,38% en 2016.

Teniendo en cuenta la alta asiduidad del delito sexual en la criminalidad española en comparación con la de los delitos que provocan la muerte o invalidez de la víctima, estas cifras evidencian que, en contraste con otros tipos de victimización, solo una proporción muy baja de víctimas de delito sexual que tienen derecho a la ayuda la reciben. Esta circunstancia puede ser parcialmente explicada por dos factores limitativos previstos en la regulación vigente.

En primer lugar, la limitación relativa al fin de la ayuda. El artículo 6, que establece los criterios para determinar el importe de las ayudas, dispone que en «[…] los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine».

La ley impone así una importante restricción para que las víctimas de delito sexual puedan recibir una ayuda: por una parte, una limitación referida a la victimización —que ha de «causar daños en la salud mental»— y, por otra, una limitación tocante al objetivo de la ayuda —financiar el tratamiento terapéutico—.

Ambas exigencias dificultan de manera importante la concesión, pues parecen ser interpretadas literalmente por la DGCPPP cuando deniega las solicitudes.

La ley exige la acreditación de las siguientes circunstancias:

1. Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

2. Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública.

3. Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

4. Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2 o 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.

El Reglamento de desarrollo de la ley, aprobado por RD 738/1997, de 23 de mayo, añade dos requisitos más que hacen aún más estrictas las limitaciones del artículo 6 (que exista daño de la salud mental y que las cantidades se destinen a pago de tratamiento):

5. Informe del médico forense (art. 17).

6. Facturas o documentos que justifiquen el pago del tratamiento si ya se hizo (art. 18).

En segundo factor que explica que solo un porcentaje muy bajo de las víctimas de violencia sexual reciban la ayuda es la baja cuantía máxima establecida normativamente: el Reglamento también limita este tipo de indemnizaciones a una cantidad máxima de cinco veces el salario mínimo interprofesional —actualmente, el IPREM— a la fecha de la emisión del informe del médico forense (art. 17). En 2018 ha sido de 537,84 € al mes, lo que supone un máximo de ayuda por víctima de 2689 €.

Por lo tanto, además de toda la documentación del proceso penal sobre los hechos delictivos, la víctima ha de aportar declaración sobre otras ayudas que reciba, informe médico forense que acredite que existe daño mental y facturas de pago de tratamiento si este ya se ha iniciado, y puede conseguir, como máximo, una ayuda de 2689 €.

Nos planteamos si el escaso número de solicitudes presentadas es un factor que también explica la baja cuantía de ayudas concedidas. En los datos obtenidos puede obser-

varse que los solicitantes son pocos, pero que existe una alta proporción de solicitudes rechazadas.

En cuanto a la nacionalidad —factor que podría influir en el escaso número de solicitudes—, desde 2014 los solicitantes de cerca de un 10% de las solicitudes son de nacionalidad extranjera. En los años anteriores este porcentaje es inferior al 5% en los años anteriores.

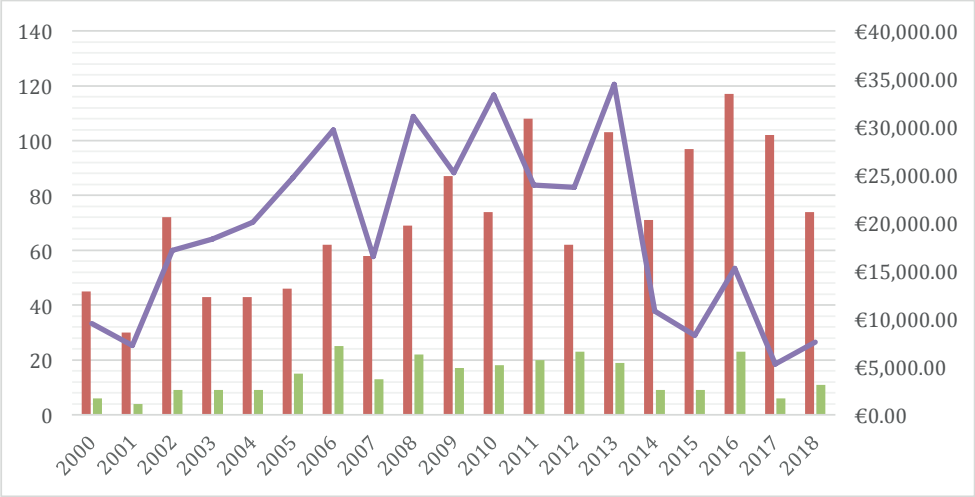
Concesiones y denegaciones de ayudas para víctimas de delito sexual y cuantías totales otorgadas por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2000 a 2018

Año	Resuelto denegado	Resuelto concedido	Importe
2000	45	6	9.510,11 €
2001	30	4	7.231,09 €
2002	72	9	17.111,34 €
2003	43	9	18.289,08 €
2004	43	9	20.042,50 €
2005	46	15	24.691,54 €
2006	62	25	29.707,25 €
2007	58	13	16.489,50 €
2008	69	22	31.102,50 €
2009	87	17	25.223,80 €
2010	74	18	33.331,25 €
2011	108	20	23.910,25 €
2012	62	23	23.692,00 €
2013	103	19	34.450,60 €
2014	71	9	10.790,04 €
2015	97	9	8.305,18 €
2016	117	23	15.235,38 €
2017	102	6	5.272,51 €
2018	74	11	7.569,19 €

Como se observa, la gran mayoría de las solicitudes son rechazadas. La media de solicitudes concedidas respecto a las solicitadas entre los años 2000 y 2018 es del 16%.

El aumento de solicitudes concedidas va aparejada, en ocasiones, a la reducción de las cuantías individuales. En el año 2000, se rechazaron 45 solicitudes y se concedieron 6 por un total de 9500 €. Esto supone que se concede un 11% de las solicitudes y que la media de la ayuda es de 1583,33 €. En 2018, se rechazaron 74 solicitudes y se concedieron 11, por un total de 7569 €. Así, sube al 13% la concesión; sin embargo, la media de las ayudas concedidas es de 688 €, menos de la mitad que 18 años antes.

Solicitudes, denegaciones y cantidades anuales de ayudas concedidas por la DGCPPP a víctimas de delito sexual, 2000 a 2018



En lo que toca a la edad y sexo de las víctimas de delito sexual a las que se concede ayuda, se observa una proporción análoga a la victimización sexual en general. La mayoría de las víctimas solicitantes son de sexo femenino. La mayoría de os solicitantes de sexo masculino son menores de edad.

Se observa que algunas personas presentan varias solicitudes por pequeñas cantidades, cuyo sumatorio siempre es inferior al máximo establecido en el Reglamento. Esto se explica porque en la práctica el sistema exige documentación acreditativa del pago de las sesiones terapéuticas.

Así, vemos que en 2014 hubo 9 concesiones, que correspondían a 7 mujeres, tres de las cuales eran menores de edad en la fecha de la comisión del delito.

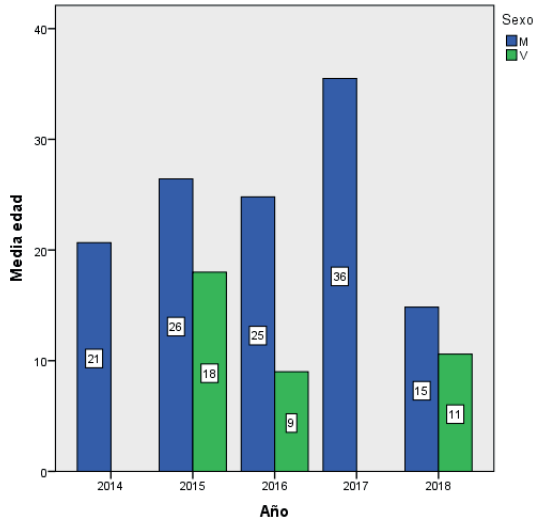
En 2015 hubo 7 concesiones a mujeres, que son 6, y a dos hombres, uno de ellos de 9 años de edad en la fecha de la comisión del delito y otro adulto de 27.

En 2016 hubo 20 concesiones a mujeres, que son 12 mujeres en concreto, 6 de ellas menores, y 3 concesiones a varones, que no representan otra víctima nueva, sino que se conceden al menor de edad al que el año anterior se le otorgó una ayuda de 532 €.

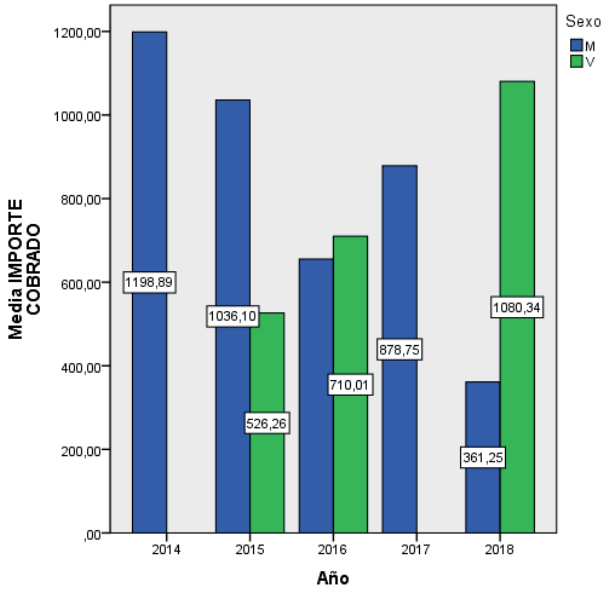
En el año 2017 se concedieron 6 ayudas a 6 mujeres.

En el año 2018 se concedieron 6 ayudas a mujeres, que corresponden a 5 mujeres, y 5 ayudas a varones correspondientes a tres menores que tenían 8 años, 11 y 13 años en la fecha de la comisión del delito.

Sexo y media de edad de los receptores de ayudas al tiempo del delito



Media del importe cobrado por año y sexo



Las cantidades cobradas por parte de las víctimas son realmente bajas, como puede observarse en el gráfico. No son superiores, de media, a 1200 euros, menos de la mitad de lo normativamente establecido como máximo.

Entre 2014 y 2018 se han producido 48 concesiones a mujeres, que corresponden a 36 mujeres un 77% del total de concesiones, y 10 a varones, que corresponden a 5 varones, que se corresponden con un 13% de varones del total de las concesiones.

En cuanto a las edades, de 36 mujeres a las que se les ha concedido ayuda, 13 eran menores de edad en el momento de la comisión del delito, y de los 5 varones, 4 eran menores en el momento de la comisión del delito.

Así, un 41% de los beneficiarios de las ayudas eran personas menores de edad en el momento del hecho delictivo. Cerca de la mitad de las mujeres eran menores, y casi todos los varones eran menores.

Del total de las 41 víctimas a las que se ha concedido una ayuda en estos 5 años, la gran mayoría son mujeres (77%). De ellas, cerca de un tercio eran menores en el momento de la comisión hecho delictivo (36%). De los varones beneficiarios, la mayoría eran menores (80%).

La víctima varón más joven de sexo masculino, nacido en 2008 y agredido en 2016, con 8 años de edad, recibió 1160 € dos años después de la agresión. La víctima más joven de sexo femenino, nacida en 2004 y agredida en 2012, con 8 años de edad, recibió 1800 € en 2014, dos años después del delito.

En cuanto a los plazos, los más breves son de unos meses después de la agresión (en 2015) y los más largos de 15 años después de la agresión, datos que sugieren que el sistema es capaz de realizar la concesión en pocos meses, tal como establece la norma.

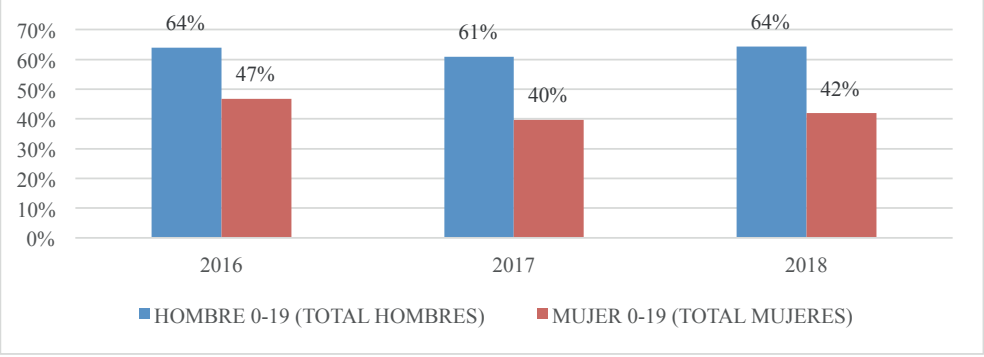
Los datos relativos a las víctimas que ven rechazada la solicitud evidencian que el sistema adolece de falta de sensibilidad ante los intereses y necesidades de las víctimas más vulnerables, entre las que se encuentran los menores de edad.

En 2018 se denegaron 77 solicitudes, de las cuales 35, aproximadamente la mitad (45%), corresponden a solicitudes de menores víctimas de un delito sexual. Se rechazaron 12 solicitudes de niñas entre 0 y 14 años, y 14 entre 15 y 19 y de niños 6 de hasta 14 años y 3 entre 15 y 19.

En 2017 se rechazaron 9 solicitudes de 20 niñas de entre 15 y 19 años, y, de niños, 1 niño y 13 de entre 15 y 19, un total de 43 de 104 solicitudes denegadas (41%).

En 2016, la mitad de las solicitudes rechazadas corresponden a menores: se rechazaron 3 solicitudes de niñas entre 0 y 4 años, 5 de entre 5 y 9, 20 de entre 10 y 14, y 16 de entre 15 y 19, así como 3 de niños entre 5 y 9 años, 8 de entre 10 y 14 y 5 de entre 15 y 19.

Denegaciones a menores de 19 años respecto al total por sexo

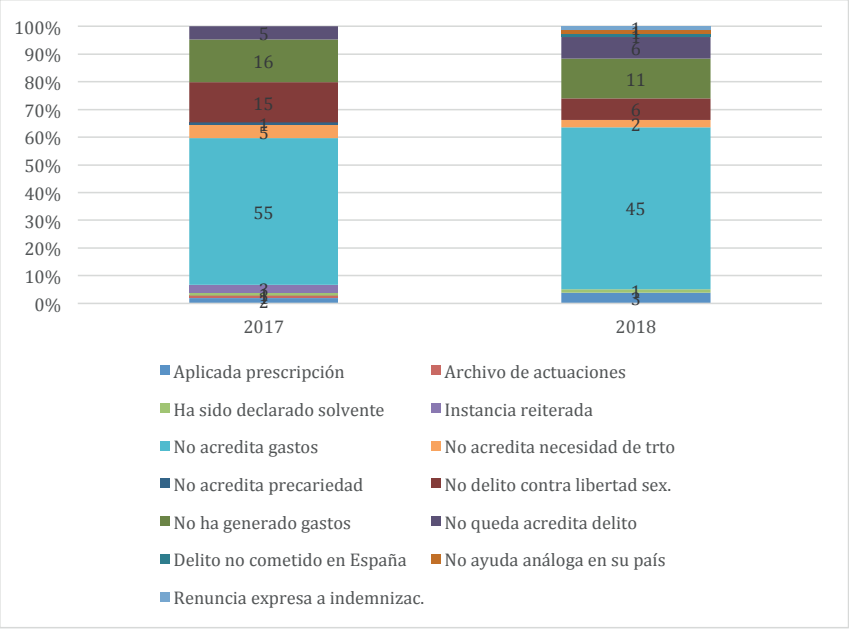


En relación con los motivos de denegación de solicitudes, destacan numéricamente los siguientes motivos: «No acredita gastos», «no ha generado gastos» y «no acredita necesidad de tratamiento».

En 2018, 45 solicitudes fueron rechazadas por no acreditar gastos y 11 no generar gastos. En 2017 se denegaron 55 por no acreditar gastos, 16 por no generar gastos, y 2 por no acreditar necesidad de tratamiento. En 2016, 65 solicitudes fueron rechazadas por no acreditar gastos, 18 por no generar gastos y 10 por no acreditar necesidad de tratamiento. En 2015, 44 solicitudes fueron rechazadas por no acreditar gastos, 26 por no generar gastos y 8 por no acreditar necesidad de tratamiento.

Estos motivos afectan en gran medida a las solicitudes de víctimas de delito contra la libertad sexual que eran menores de edad en el momento de la agresión, de modo que el rechazo adquiere tintes kafkianos: por ejemplo, en 2016 se rechazaron 5 solicitudes de menores de edad porque no acreditaron necesidad de tratamiento. Exigir la prueba de la necesidad de tratamiento de manera literal —así interpreta la norma la DGCPPP— impidiendo el acceso a los servicios correspondientes es un maltrato institucional. La denegación más habitual —no acreditar gastos— también es la más utilizada por la DGCPPP en la denegación a menores de edad: 16 menores en 2018, 19 menores en 2017 y 24 menores en 2016.

Denegaciones por tipo de motivación



El mecanismo de la Ley de 1995 y su Reglamento se refiere a los gastos terapéuticos destinados a la recuperación de las secuelas el delito. En su regulación y desarrollo práctico, el sistema administrativo de concesión establece demasiadas exigencias formales: además de la documentación relativa al hecho delictivo —una carga ya importante—, se exige

prueba del gasto o de la necesidad del tratamiento a las personas que no hayan incurrido en el gasto. En España, el bajo número de concesiones y el alto número de rechazos refleja una notable ineficacia frente a las necesidades de las víctimas. Además, en su gran mayoría estas ni siquiera presentan la solicitud, probablemente por la complejidad del procedimiento, la baja tasa de éxito y lo exiguo de las cuantías máximas establecidas normativamente.

Claramente, el diseño del sistema está desfasado. Probablemente, las víctimas consideran que tienen derecho a una cantidad para destinarla al tratamiento. Sin embargo el sistema exige la prueba de la necesidad del tratamiento terapéutico.

La previsión de que las víctimas tengan que utilizar las cantidades de la ayuda pública para tratamiento terapéutico comporta la asunción de que estas están «rotas» y tienen que ser «reparadas» a través de la terapia, y de que no tienen capacidad para decidir en qué quieren gastar su dinero.

El estudio de campo de Holder y Daly (2018: 36) sobre las motivaciones de las víctimas de violencia sexual para solicitar indemnización al Estado en Queensland, Australia, y sobre el modo en que la gastan apunta a que las víctimas de delito sexual utilizan las indemnizaciones para fines mucho más variados que el pago de un tratamiento terapéutico. De acuerdo con los datos de esta investigación, las cantidades entregadas por el Estado son, de media, aproximadamente de 9500 €.

Las víctimas (20) señalaron varias finalidades en el gasto de las indemnizaciones. La mayoría de ellas, tres cuartas partes, la empleó para objetivos prácticos y reconectar con la vida ordinaria —por ejemplo, cambiar de casa, establecer medidas de seguridad en su casa, cambiar de coche o pagar facturas—.

La mitad de las víctimas gastaron en actividades de autorrenovación —por ejemplo, viajar con la familia o traer a vivir a sus padres con ella—. Otras víctimas invirtieron la indemnización en formación o en mascotas.

Una cuarta parte de las víctimas ahorraron, reservaron el dinero para un objetivo futuro o para asegurarse el futuro; este objetivo concurría con la autorrenovación o la reconexión.

Determinar cómo tienen que usar las víctimas el dinero que puedan recibir es cuando menos paternalista y poco eficaz. Evidentemente, cada víctima debería poder decidir cómo mejorar su calidad de vida después de la victimización.

5. MEDIDAS PARA LA MEJORA DE LA SITUACIÓN DE PAGO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

5.1. MEDIDAS PARA LA MEJORA DEL COBRO DE LAS INDEMNIZACIONES CONTENIDAS EN SENTENCIA

Para propiciar la mejora en el cobro de las indemnizaciones contenidas en sentencia, puede ser adecuada la adopción de las siguientes medidas:

– Establecimiento de justicia gratuita para todas las víctimas de delito contra la libertad sexual.

– Creación de turnos de oficio especializados en victimización sexual.

– Articular una política orientada a reforzar la actividad del letrado de la Administración de Justicia en materia de el aseguramiento y ejecución de la responsabilidad civil.

– Atribuir, mediante la normativa, competencias a los procuradores en torno a la ejecución civil.

– Mejorar la colaboración entre la Agencia Tributaria y los órganos judiciales en la localización y el embargo de bienes.

– Establecer el automatismo práctico procedimental en la actividad de aseguramiento de la responsabilidad civil desde la imputación —o desde la denuncia en los casos de riesgo de alzamiento de bienes—.

– Mejorar la coordinación de la oficina de liquidación de activos con los órganos de la ejecución.

– Estipular en la ley la previsión de la consignación del pago o el pago de la responsabilidad civil antes de cualquier acuerdo de conformidad.

– Incrementar el número de órganos dedicados a la ejecución penal en los partidos con alto nivel de litigiosidad.

– Mejorar la coordinación entre los órganos de ejecución y el juzgado de vigilancia penitenciaria.

– Implementar un sistema de control eficaz y coordinado entre el juzgado de vigilancia penitenciaria, el órgano judicial juzgador y las instituciones penitenciarias relativo a la situación laboral de los presos para verificar el pago de la responsabilidad civil

5.2. MEDIDAS PARA LA MEJORA DEL MECANISMO DE PAGO POR PARTE DEL ESTADO

La regulación de 1995 es muy estrecha en su diseño y aplicación, y no cumple los requerimientos ni del Consejo de Europa ni de la Unión Europea, que en las Directivas de 2004 y 2012 —y en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— exige que el sistema de indemnización a las víctimas sea eficaz.

Partiendo de esta exigencia, consideramos que las indemnizaciones han de tener una cuantía mínima que no sea ofensiva, como lo es la cuantía máxima que el Estado Español concede a las víctimas de delito sexual, 2600€, cantidad a la que, en la práctica, ni siguiera se llega.

Actualmente, a consecuencia de la baja eficacia de la Directiva, constatada en el Informe presentado en 2009 (EU Commission, 2009) —que habla de una *ratio* de éxito de un 10% de las solicitudes—, en el Plan de Trabajo del Consejo de la UE para reforzar los derechos y la protección de las víctimas en los procesos penales (2011/C-187/01),

aprobado el 10 de junio de 2011, se ha incluido la revisión de la Directiva de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos con el fin de garantizar que las víctimas reciban una indemnización adecuada (principio general núm. 10) y simplificar, a fin de lograr este objetivo, los procedimientos en vigor para la solicitud de las indemnizaciones y presentar propuestas legislativas o no legislativas (Medida D).

Por otra parte, la evaluación del cumplimiento por parte de España del Convenio de Estambul es posiblemente negativo. Esperemos que el legislador y el Ejecutivo tomen nota de las necesidades y desarrollen las medidas correspondientes.

Los Estados modernos han incluido en sus sistemas de justicia mecanismos de compensación por el Estado, que se han puesto en marcha en países como Australia, Reino Unido o Canadá ante la asunción por parte del Estado de la escasa probabilidad de la ejecución forzosa de la indemnización por parte del condenado, pero también, ante la inconveniencia de una aproximación punitiva de la compensación de los condenados con medios limitados (Miers, 2014: 10), que puede agravar la situación de las víctimas. Ello porque, en muchos de los casos, los condenados son personas con ingresos bajos o medios-bajos, de acuerdo con los sistemas de elegibilidad de los Estados, como el caso holandés (Mulder, 2013: 47).

Sería conveniente que el Estado español diseñara un sistema completo de protección, accesible para todos los ciudadanos justificado en una responsabilidad derivada de la configuración de Estado social de Derecho (Martín, 2008: 107)

El sistema establecido por el legislador español en 1995 es absolutamente ineficiente e inadecuado en lo que respecta a las víctimas de delito sexual. Hasta que no se desarrolle un auténtico sistema de ayudas, algunas medidas para mejorar el sistema actual serían las siguientes:

– Eliminación del requisito de la necesidad del tratamiento y suficiencia de la producción del hecho delictivo.

– Establecimiento de un límite máximo y mínimo en razón de la edad de la víctima y, en su caso, de las características de la victimización. La cuantía media de cerca de 10.000 euros de Australia puede ser adecuada para que las víctimas destinen las cantidades a tratamiento o a actividades que satisfagan sus intereses y necesidades.

– Permanencia de la exigencia de denuncia del hecho delictivo y limitación de la exigencia procesal únicamente a la verosimilitud del hecho delictivo.

– Coordinación entre el órgano judicial y el sistema de compensación, y minimización de la carga de trabajo para la víctima.

– Eliminación de exigencias documentales a la víctima.

– Simplificación de los sistemas de solicitud, que gestionarían los servicios de atención a las víctimas, adecuadamente dotados en todo el territorio nacional.

– Participación del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Sociales en la entidad que realiza la concesión.

5.3. ¿ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA UN MECANISMO ADECUADO PARA MEJORAR EL PAGO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL?

Ante la posibilidad de que la justicia restaurativa sea un mecanismo adecuado para mejorar el pago a las víctimas, desde un punto de vista estrictamente económico puede ser más eficaz el pago de una indemnización acordada en un procedimiento restaurativo. Sin embargo, la gran cuestión es si el procedimiento restaurativo es adecuado en el marco de la victimización sexual.

Evidentemente, los procedimientos restaurativos pueden tener como objetivo la reparación emocional y económica, y es habitual que los legisladores excluyan la justicia restaurativa o la mediación con el fin de buscar soluciones generales para garantizar la protección a las víctimas en el ámbito de la violencia de género, como ocurre en muchos países.

Es verdad que con este tipo de regulaciones se priva a muchas víctimas de la oportunidad de participar en un procedimiento, pero en un ámbito escasamente conocido por el legislador surgió como un mecanismo de salvaguarda. Por su parte, la doctrina ha reflexionado largamente sobre la adecuación de la gestión en el marco restaurativo de victimizaciones como la violencia de género y, en términos generales, ha señalado que en algunos casos puede ser adecuado y en otros no (Villacampa, 2012: 208).

Consideramos que, en relación con la victimización sexual, la cuestión es análoga. Stubbs (2010: 1) analiza la asimetría de las relaciones sociales en la justicia restaurativa en la violencia de género y los delitos sexuales.

En la práctica, se observa una tendencia inicial de muchos operadores a desplazar a los sistemas «alternativos» de solución de conflictos la gestión de las consecuencias del delito sexual en una fase inicial del proceso, la instrucción, por la tendencia de considerarlo un ámbito relativo a la intimidad de las personas, o incluso familiar, en el que los ilícitos tienden a no ser denunciados ni castigados. El delito sexual es rechazado socialmente como una práctica a reprimir con los mecanismos más duros. Sin embargo, se observa un diferente rasero por parte de los miembros de la familia, o incluso por parte de operadores jurídicos, cuando se produce en el ámbito familiar (por ejemplo, abuso realizado por padres, hermanos, primos, tíos o abuelos). Cuando las víctimas son jóvenes o menores de edad, la situación es aún más delicada. Contribuir en un momento inicial de la investigación a la presión de las víctimas para que acepten participar en el procedimiento restaurativo puede ser una grave agresión estructural a las víctimas. Las secuelas de la victimización a menores por familiares pueden ser visibles sobre todo en su desarrollo y futuro (Tamarit, 2017: 44).

La instrumentalización de los procedimientos restaurativos y de los procedimientos autocompositivos en este marco es un riesgo. En este sentido, el Convenio de Estambul — que, como hemos señalado, incluye la violencia sexual dentro del concepto de violencia de género, establece en su artículo 48, sobre «Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas» que «[…] las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta

a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio», previsión que excluye el automatismo en la gestión a través de mediación y conciliación.

En el caso español, la mediación en violencia de género está excluida normativamente, mientras que no existe regulación respecto de los delitos contra la libertad sexual.

Parece que solo en caso de que los servicios de justicia restaurativa estén especializados en victimización sexual y establezcan la conveniencia de la gestión a través de ellos será adecuado el uso de estos métodos, entre los que se encuentra la mediación, y que, probablemente, la actividad restaurativa sea más idónea si es positiva y menos arriesgada para la víctima y se lleva a cabo cuando sea mayor de edad y haya transcurrido suficiente tiempo, normalmente años, tras la agresión: en resumen, cuando el procedimiento restaurativo sea libremente querido por la víctima y sirva para satisfacer sus intereses concretos de reconocimiento, autogestión o resignificación del hecho delictivo.

El posible uso de procedimientos restaurativos para delitos sexuales cometidos en el ámbito familiar habrá de ser abordado con cuidado, ya que la particular dinámica de la violencia familiar y sexual, incluidos los desequilibrios inherentes a este tipo de delito, pueden suponer riesgos significantes para la salud física y emocional de la víctima. Este tipo de violencia es normalmente cíclica y refleja actitudes y creencias profundamente arraigadas; los ofensores suelen ser manipuladores y haber cometido el delito gravemente y repetidamente, por lo que una intervención puede no ser eficaz ni segura, y será más adecuada como una fase de un proceso más complejo (Ministerio de Justicia, Nueva Zelanda, 2013: 17).

La grave situación práctica en el ámbito de la delincuencia sexual, la importante ocultación de la victimización, el abuso de los derechos de las personas menores de edad y de otras personas especialmente vulnerables, la victimización en la salud física y mental de las víctimas, la cronificación del abuso, la tendencia a la repetida victimización son, entre otras, circunstancias que exigen un especial tratamiento de esta situación y, cuando sea adecuado, la articulación de servicios especializados (Varona, 2017: 373; Stubbs, 2010: 18) que pueden ofrecer mecanismos restaurativos y que las víctimas puedan utilizar en un ambiente seguro y positivo, y en el momento adecuado, probablemente, cuando se trata de delitos graves, ya en la fase posterior a la sentencia o en la ejecución.

Por otra parte, en lo que toca a las salidas negociadas del proceso penal tales como la conformidad, está por ver si en la práctica se produce una utilización de la conformidad en fraude de los objetivos del sistema de justicia en general y de los intereses de las víctimas en cada caso particular.

BIBLIOGRAFÍA

ELBERS, Nieke / ARNO J. / AKKERMANS / PIM CUIJPERS y BRUINVELS, David J. (2013): «Procedural Justice and Quality of Life in Compensation Processes», *Injury,* 44, 1431-1436.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), (2015): «*Violence against women: an EU wide survey*», Publications Office of the European Union [en línea], <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf>. [Consulta: 22/10/2019.]

EUROPEAN UNION COMMISSION (2009): Report From The Commission To The Council, The European Parliament And The European Economic And Social Committee on the application of Council Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims [SEC(2009) 495].

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José (2015): *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Universidad de Sevilla, Tesis Doctoral.

HOLDER, Robyn L. y KATHLEEN Daly, (2018): «Recognition, reconnection, and renewal: The meaning of money to sexual assault survivors», *International Review of Victimology*, Vol. 24 (1), 25-46.

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, «Mujeres en cifras», tabla actualizada en octubre de 2018) [en línea], <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Violencia/DelitosLibertadSexual.htm>. [Consulta: 22/10/2019.]

LA STRADA INTERNATIONAL (2018): *Legal Assessment: compensation practices*, Amsterdam, Justice at Last Working Paper. [en línea], <https://www.justiceatlast.eu/wp-content/uploads/2019/06/Legal-assessment-Compensation-practices-La-Strada-International-2018-Liliana-Sorrentino.pdf>. [Consulta: 22/10/2019.]

MARTÍN RÍOS, María Pilar, (2008): «La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español», en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol II, n. 3, septiembre-diciembre, 88-109.

MIERS, David, (2014): «Offender and state compensation for victims of crime: Two decades of development and change», *International Review of Victimology*, *20*(1), 1-24.

MINISTERIO DE JUSTICIA, NUEVA ZELANDA (2013): «*Restorative justice standards for sexual offending cases*». [en línea], <https://www.justice.govt.nz/assets/Documents/Publications/Restorative-justice-standards-for-sexual-offending-cases.pdf>. [Consulta: 22/10/2019.]

MULDER, Johanna y DIRKINA WILHELMINA, Elisabeth (2013): *Compensation: The Victim's Perspective*, Oisterwijk (Países Bajos): Wolf Legal Publishers, Tesis doctoral, Universidad de Tilburg.

NACIONES UNIDAS, DIVISIÓN ESTADÍSTICA, The World´s Women 2015, United Nations Stadistics Division, [en línea], <https://unstats.un.org/unsd/gender/downloads/WorldsWomen2015_report.pdf>. [Consulta: 22/10/2019.]

SOLETO, Helena y GRANÉ, Áurea (2018): *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones: Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, Madrid: Dykinson, 1-106.

STUBBS, Julie (2010): «Relations of Domination and Subordination: Challenges for Restorative Justice in Responding to Domestic Violence», Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 10/61, 1-20.

TAMARIT, Josep (2017): «La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil», *Revista de Victimología*, N. 6/2017, 33-56.

TAMARIT, Josep María / PADRÓ SOLANET, Albert / GUARDIOLA, María Jesús y HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia (2017): «Estudio de sentencias: las decisiones judiciales en los casos de victimización sexual de menores», *Victimización Sexual de Menores de Edad y la Respuesta del sistema de justicia penal*. Barcelona: Atelier, 97-165.

VARONA, Gema (2017): «Adecuación de los procesos restaurativos en delitos de carácter sexual», en *Justicia restaurativa y terapéutica: Hacia innovadores modelos de justicia,* J. L. De la Cuesta e I. Subijana (dirs). Valencia: Tirant lo Blanch, 359-379.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, (2015): «Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: tutela por el tribunal de justicia de la UE del Derecho a la indemnización», *Revista de Estudios Europeos,* n. 66, enero-junio, 1-24.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2012): «Justicia restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista penal*, nº. 30, 178-216.

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2019.
Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2019.

EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

THE INCIDENT OF THE LEGAL ACCUMULATION SENTENCES: PROPOSAL DE *LEGE FERENDA*

Alberto Varona Jiménez

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona
Profesor ordinario del área penal y procesal penal de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial

RESUMEN

El instituto de la acumulación jurídica de penas constituye una restricción legal al cumplimiento sucesivo de las penas —impuestas en el mismo o distintos procesos— a través de un conjunto de límites punitivos con el objeto de aminorar los efectos deshumanizadores del sistema de acumulación material puro. Asimismo, la razón de ser de esta limitación es la función de reeducación y reinserción social que toda pena privativa de libertad ha de cumplir, tal como establece el artículo 25.2 de la Constitución Española. En este trabajo desarrollamos una propuesta de lege ferenda de la regulación procesal de esta institución que dote de una redacción más precisa y depurada del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvaguarde el principio de contradicción y evite las dilaciones indebidas derivadas de la regla competencial actual.

PALABRAS CLAVE

Acumulación jurídica de penas, procedimiento, competencia funcional, ejecución penal, debido proceso.

ABSTRACT

The institute of the legal accumulation of sentences constitutes a legal limitation to the successive enforcement of penalties, imposed in the same or different proceedings through a set of punitive limits in order to lessen the dehumanizing effects of the system of material accumulation. This limitation is also motivated by the function of re-education and social reintegration that any custodial sentence must fulfil, as given in article 25.2 of the Spanish Constitution. In this work we develop a proposal de lege ferenda of the rules of procedure of this institution, with a more precise and refined wording of article 988 of the Rules of Criminal Procedure, which safeguards the principle of contradiction and avoids undue delays derived from the current rules of jurisdiction.

KEY WORDS

Legal accumulation of sentences, criminal execution, procedure, functional jurisdiction, due process of law.

EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Alberto Varona Jiménez
Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona
Profesor ordinario del área penal y procesal penal de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN

En ausencia de una definición legal, la acumulación jurídica de penas, más conocida como acumulación de condenas, puede ser definida como una limitación legal al cumplimiento sucesivo de las penas impuestas en el mismo o distintos procesos por hechos que pudieran haber sido enjuiciados en uno solo. Esta restricción se articula a través de un conjunto de límites punitivos orientados a aminorar los efectos deshumanizadores que provoca el sistema puro de acumulación aritmética y de lograr que el penado se reinserte socialmente.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos como los de Suiza, Portugal o Alemania, que adoptan un sistema de pena única[1], en los casos de concurso real de delitos nuestro legislador consagra un sistema de acumulación material en los arts. 73 y 75 del Código Penal. Ello significa que la persona que cometa una pluralidad de hechos delictivos, fuera de los casos del delito continuado y el delito masa (art. 74 CP)[2] y del concurso ideal o medial (art. 77 CP)[3], será condenado a tantas penas como delitos haya cometido para su cumplimiento simultáneo. Cuando este cumplimiento no sea posible, procederá su ejecución sucesiva por orden de su gravedad. Ahora bien, no se trata de un sistema de acumulación material absoluto, dado que desde el Código Penal de 1870 el legislador espa-

ñol ha establecido limitaciones al tiempo máximo de estancia de una persona en un centro penitenciario. Esta previsión responde a dos finalidades: en primer lugar, salvaguardar el principio de proporcionalidad y evitar que una sucesión de delitos menos graves sea castigada con una pena superior a la derivada de un delito grave, y, en segundo lugar, impedir que la suma total de las penas impuestas pueda ser superior a la vida de una persona, lo que constituiría un trato inhumano o degradante vedado por el principio de humanidad reconocido en el art. 15 CE[4].

Estas limitaciones aparecen recogidas actualmente en el art. 76 CP y no están exentas de requisitos. Con el fin de evitar dotar al penado de un «patrimonio punitivo»[5] y generar una eventual situación de impunidad, el texto legal exige que, para que las penas sean acumulables, respondan a hechos que hayan podido haber sido enjuiciados en la misma causa atendiendo a criterios meramente temporales[6]. Desde el punto de vista procesal, la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introdujo este procedimiento en el párrafo 3 del art. 988 LECrim[7]. Esta norma se completa con una mención al régimen de recursos en el apartado 7 de la DA 5 de la LOPJ[8]. Ahora bien, ya adelantamos que, cuando se trata de penas impuestas en el mismo proceso, la ley guarda silencio y no contempla ninguna previsión relativa al modo en que debe actuarse procesalmente.

Este escueto marco normativo ha dado lugar a un sinfín de disfunciones y problemas de interpretación no solo de índole sustantivo, sino también procesal, especialmente en materia de competencia[9]. Ello ha provocado una notable inseguridad jurídica y no pocas dilaciones en la tramitación de los procedimientos, circunstancias totalmente indeseables en una materia en la que, recordémoslo, está en juego un derecho fundamental: la libertad personal del penado. Tampoco cabe soslayar la parquedad de la regulación procesal del incidente. La regulación contenida en el art. 988 LECrim ha demostrado ser totalmente insuficiente y, de nuevo, ha tenido que ser la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo la que ha tratado de colmar las lagunas generadas por el precepto.

Por consiguiente, es imprescindible llevar a cabo una reforma de este precepto. En el camino han quedado dos intentos, los anteproyectos procesales de 2011 y 2013. En este trabajo vamos a presentar una propuesta completa de *lege ferenda* de regulación procesal de esta institución.

2. COMPETENCIA FUNCIONAL: LA CONVENIENTE SUSTITUCIÓN DE LA REGLA QUE ATRIBUYE LA COMPETENCIA AL ÚLTIMO TRIBUNAL SENTENCIADOR

El párrafo 3 del art. 988 LECrim establece un criterio de atribución competencial de acuerdo con el cual «[…] el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia […] procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal». Se trata de una manifestación de la competencia fun-

cional, dado que establece cuál es el órgano que ha de conocer de este tipo de incidente en el marco de la ejecución penal.

Como hemos anticipado, la sencillez de la regla contrasta con las numerosas dudas interpretativas que ha suscitado: desde la elección del parámetro procesal al que hay que atender para determinar cuál es el último tribunal sentenciador (la fecha de celebración del juicio, la fecha de la sentencia en primera instancia, la fecha de la firmeza…) hasta la relevancia de la naturaleza de la pena impuesta en esa última sentencia. Fiel reflejo de ello ha sido el elevado número de cuestiones de competencia negativas resueltas, fundamentalmente, por el Tribunal Supremo[10].

Lejos de facilitar la solución al problema, el amplio abanico de órganos jurisdiccionales que tienen orgánicamente asignadas potestades de enjuiciamiento y la propia configuración de la fase de ejecución penal, reservada en ocasiones a órganos distintos de los que sentenciaron, también ha contribuido a generar estos complejos problemas interpretativos. Las dudas han ido más allá de la interpretación del tenor literal de aquel artículo, hasta el punto de que incluso ha sido cuestionada la propia competencia de los órganos de enjuiciamiento[11]. A la vista de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, especialmente tras la adopción del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018, puede afirmarse que, actualmente, la competencia funcional recae en el juzgado o tribunal que haya dictado la última sentencia condenatoria atendiendo a la fecha del dictado en primera instancia, siendo irrelevante que se trate de un juzgado de instrucción (con excepción de los supuestos del art. 801 LECrim), que la pena impuesta en esta sentencia no sea acumulable o esté extinguida, o que exista una acumulación previa[12].

Esta fórmula ha demostrado ser totalmente disfuncional. La sucesión de condenas de una persona puede conducir a que el órgano jurisdiccional que era el último juzgado o tribunal en el momento de presentarse la solicitud haya dejado de serlo en el momento de resolver el incidente. En definitiva, se generan dilaciones totalmente indeseables cuando está en juego un derecho fundamental como la libertad personal del penado (art. 17 CE). Además, en los partidos judiciales donde existen juzgados de ejecutorias, han sido estos los que han asumido la competencia *de facto* o vía gubernativa en sustitución de los tribunales sentenciadores[13].

Por consiguiente, se hace imprescindible establecer una nueva regla competencial. Nosotros abogamos, en primer lugar, por atribuir la competencia para resolver el incidente de acumulación al juez que conozca de la ejecución de la primera sentencia condenatoria dictada contra el penado, con exclusión de los jueces de instrucción; y, en segundo lugar, por dar un paso más y disociar las facultades de enjuiciamiento y ejecución. Creemos, por tanto, que sería interesante acometer la reforma de la organización judicial y centralizar la competencia para ejecutar en determinados órganos judiciales o determinados jueces, tal y como proponía el malogrado anteproyecto respecto a los llamados tribunales de instancia. Argumentemos esta doble propuesta.

Como premisa básica, residenciamos la competencia en el juez encargado de la ejecución en detrimento del juez o tribunal sentenciador, y ello porque entendemos que no

existen motivos dogmáticos que justifiquen centralizar la competencia en los tribunales sentenciadores[14]. Esta tesis no es más que una consecuencia de nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de la acumulación de condenas y su consideración de mera facultad de ejecución, ajena a la función de individualización de la pena[15]. El argumento tradicional del carácter valorativo del juicio de conexidad procesal ha perdido actualmente su virtualidad, toda vez que esta ha sido sustituida por una conexidad cronológica[16]. Preciso es reconocer que persisten otros argumentos a favor de considerarla una potestad de enjuiciamiento, entre ellos la ubicación sistemática del art. 76 CP dentro de las reglas de individualización de la pena o el régimen de recursos, que posibilita la casación. Sin embargo, la práctica procesal y el tenor literal de las normas sustantivas y procesales no permiten sostener la sustantividad propia del límite máximo de cumplimiento, como tampoco lo autoriza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos posterior al conocido caso *Inés del Río* (STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013 (*Tol 2646420*))[17].

¿Y quiénes son los jueces encargados de la ejecución? A pesar del tenor literal del art. 76 LOGP, que atribuye a los jueces de vigilancia penitenciaria la función de hacer cumplir la pena impuesta y, más concretamente, de adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones relativos a las penas privativas de libertad se lleven a cabo —asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores—, lo cierto es que las funciones de ejecución de las penas privativas de libertad no están residenciadas en los juzgados de vigilancia penitenciaria. Los tribunales sentenciadores siguen asumiendo competencias en materia de ejecución de penas privativas de libertad en virtud de distintas disposiciones legales, entre ellas aprobar las liquidaciones de condena, resolver sobre la suspensión de las penas privativas de libertad o librar los correspondientes mandamientos de penado. Incluso, en determinados partidos judiciales los Juzgados de ejecutorias son los encargados de estas funciones.

En ausencia de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que unifique las funciones de ejecución en un mismo órgano judicial[18], la elección del órgano judicial competente debe venir determinada por razones de orden práctico, y estas cuestiones comportan defender la conveniencia de que la competencia para resolver el incidente de acumulación de condenas recaídas contra un mismo penado sea residenciada y centralizada en un mismo órgano judicial. Nosotros abogamos por su atribución al órgano jurisdiccional que conozca de la ejecución de la primera sentencia condenatoria dictada contra el penado, con exclusión de los jueces de instrucción. Esta es una de las dos opciones que nos hemos planteado. La otra consiste en atribuir la competencia a los juzgados de vigilancia penitenciaria.

Analicemos cada una de estas opciones.

La atribución de la competencia a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria presenta algunas ventajas: sin duda, la principal es el mayor contacto con el penado y los centros penitenciarios, que agilizaría el procedimiento y centralizaría las solicitudes de todos los penados ingresados en un centro penitenciario en un mismo órgano judicial. Ello produciría efectos claramente positivos tanto en lo que hace al aumento del número de solicitudes cuanto en lo que respecta al nivel de seguridad jurídica en aras de garantizar una unidad de criterio. Sin embargo, compartimos la preocupación expresada por un sector de la doctri-

na[19] sobre la afectación del derecho al juez predeterminado por la ley que eventualmente podría provocar la solución consistente en atribuir la competencia a los jueces de vigilancia. Como es sabido, la competencia del juez de vigilancia dependerá del centro penitenciario en que se encuentre el interno y tanto la asignación de centro como los traslados son competencias administrativas. Por consiguiente, puede afirmarse que el juez de vigilancia podrá venir determinado no por la Ley, como establece el art. 24.2 CE, sin excepción para cualquier fase del procedimiento, sino por la Administración Penitenciaria[20].

Una solución podría ser habilitar la posibilidad de recurrir en vía contencioso administrativa el traslado de un interno; sin embargo, consideramos que no es esta la solución contundente que exigen el principio de seguridad jurídica y el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. La creación de una segunda instancia previa a la casación solventaría aquellas dudas[21], pero sería necesario determinar qué órgano de enjuiciamiento conocería de estos recursos para evitar los errores que propicia la regla vigente.

La segunda opción que hemos planteado —y por la que hemos optado— consiste en atribuir la competencia para conocer del incidente al órgano judicial que conozca de la ejecución de la primera sentencia condenatoria firme de que haya sido objeto el penado. Este criterio, atender a la primera sentencia como parámetro para determinar la competencia, está en la línea seguida por la jurisdicción de menores. En efecto, el art. 12 LORPM atribuye al juez que haya dictado la primera sentencia condenatoria firme la competencia para refundir las medidas impuestas en distintos procesos, sin distinción respecto a su gravedad y con exclusión de los jueces que hubieran dictado posteriormente otras condenas. Esta solución evitaría los problemas que plantea la sucesión de condenas sobrevenidas cuando existe un incidente de acumulación de condenas pendiente de resolución. No obstante, sería necesario delimitar también esta fórmula competencial para no reincidir en las disfunciones de la regla actual, a saber, sentencia condenatoria cualquiera que sea el órgano sentenciador que la haya dictado, independientemente de la pena impuesta y atendiendo a la fecha de la sentencia dictada en primera instancia. Nosotros optaríamos por centralizar la competencia en los órganos judiciales encargados de la ejecución de las sentencias penales por delito grave o menos grave, lo que excluiría la competencia de los jueces de instrucción cuando la primera sentencia condenatoria hubiera sido dictada en un juicio por delito leve. La justificación de esta alternativa estriba en que la materia pueda sea analizada y resuelta por órganos especializados.

Recapitulando lo expuesto hasta aquí, cabe señalar que las dos posibilidades propuestas tienen la ventaja de minorar las disfunciones que genera la actual regla competencial y facilitan la especialización de los órganos judiciales en una materia extremadamente compleja. Sea como fuere, el hecho de que resulten acumulables penas cuya ejecución no tiene lugar en un centro penitenciario como las penas privativas de libertad suspendidas, las penas extinguidas o incluso, en nuestra opinión, determinadas penas privativas de derechos[22] hace que nos inclinemos por la segunda opción.

No obstante, proponemos ir más allá y, en este sentido, abogamos por la pertinencia de disociar definitivamente las competencias de enjuiciamiento y ejecución —como, por cierto, ocurre en ocho de las principales poblaciones españolas—, de manera que la

competencia se residencie en juzgados específicos encargados de la ejecución de las sentencias penales; por ejemplo, los tribunales de ejecución cuya creación previó el borrador del Código Procesal Penal de 2013. Pero es más, a semejanza de lo que ocurre una vez que el penado ingresa en prisión, situación en la que un mismo juzgado de vigilancia penitenciaria conoce de todas incidencias sobre el régimen y el tratamiento penitenciario, sería interesante que un mismo juzgado de ejecutorias, en cualquiera de sus denominaciones, conociese de la ejecución de todas las sentencias dictadas contra un penado. Esta era una de las novedades que presentaba el borrador del Código Procesal Penal de 2013. Salvo determinadas cuestiones reservadas a los tribunales sentenciadores, todas las ejecuciones de las sentencias penales y los incidentes que afectasen a un mismo penado serían conocidos por un mismo tribunal de ejecución. Esta competencia se residenciaría en el tribunal que estuviera conociendo de una ejecución pendiente y, en su defecto, en el correspondiente tribunal de instancia que hubiese dictado la sentencia[23]. A tal efecto, el art. 637 preveía la creación de un Registro Nacional de Ejecuciones Penales[24].

3. EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE CONDENAS: LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS PROCESALES DE 2011 Y 2013

Cuando hablamos del «incidente de acumulación de condenas», estamos haciendo referencia al procedimiento que tiene por objeto determinar el tiempo máximo que ha de cumplir una persona que ha sido condenada en distintos procedimientos por hechos que pudieran haber sido enjuiciados en uno solo. Actualmente, este procedimiento está regulado en un único artículo, el párr. 3. del art. 988 LECrim, si bien el apdo. 7 de la DA 5 LOPJ hace una referencia al régimen de recursos. Por el contrario, cuando se trata de penas impuestas en el mismo proceso, la ley guarda silencio y no contiene ninguna previsión relativa al modo en que debe actuarse procesalmente. En este segundo caso, no puede hablarse propiamente de procedimiento.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la redacción del párr. 3 del art. 988 es la siguiente:

> «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».

A la vista de este tenor literal, es necesario hacer dos puntualizaciones:

i) Ha de entenderse que la alusión a los secretarios judiciales que realiza el art. 988 LECrim se refiere a los letrados de la Administración de Justicia, que es la nueva denominación de este cuerpo superior jurídico tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

ii) Es significativo que la nueva reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que da una nueva redacción al art. 76.2 CP y prescinde definitivamente de la conexidad procesal, no haya tenido una correlación en el art. 988 LECrim, que sigue haciendo referencia al art. 17 LECrim.

Hechas estas puntualizaciones, cabe señalar que la simple lectura de este artículo evidencia que la regulación es extremadamente concisa[25]. No se trata de meras disquisiciones teóricas o retóricas. Así lo acredita la práctica de los juzgados y tribunales, que ha generado un ilimitado número de problemas y lagunas que ha debido resolver y colmar, respectivamente, la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través del recurso extraordinario de casación contra los autos de acumulación[26]. Igualmente reseñables son la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE y las garantías procesales previstas en el inciso 2. del mismo precepto[27], y los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre el derecho a un proceso justo consagrado en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[28].

Por todo ello, es necesario que la esperada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal asiente los cimientos del Derecho procesal penal en pleno siglo XXI y establezca una nueva regulación del incidente de acumulación de condenas que acoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En los últimos años, varios proyectos han quedado en el cajón de los recuerdos. Primero fue el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. La acumulación de condenas aparecía regulada en el art. 738 de su articulado bajo la rúbrica «Fijación del límite máximo de cumplimiento»; el tenor literal del precepto era el siguiente:

> «1. Cuando el culpable de varias infracciones haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia fijará el límite del cumplimiento de las penas impuestas.
> 2. El secretario judicial hará constar en la causa las anotaciones que figuren en la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y reclamará testimonio de las sentencias condenatorias, dando traslado por tres días al Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, a las demás partes, así como al condenado y a su letrado.
> 3. A la vista de las alegaciones realizadas, el juez o tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo y se determinará el máximo de cumplimiento.
> Contra tal auto las partes podrán interponer recurso de apelación».

Como puede observarse, la redacción presenta grandes similitudes con la redacción actual. La principal novedad era la fijación de un plazo de 3 días para la emisión del dictamen del Ministerio Fiscal y la supresión de la casación, que se sustituía por un recurso de apelación.

Tras este primer intento, se redactó el anteproyecto del Código Procesal Penal de 2013, aprobado a partir de la propuesta elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Este anteproyecto regulaba la acumulación de condenas en su art. 666 bajo el rubro «Fijación del límite máximo de cumplimiento de condena» y en los siguientes términos:

> «1. La fijación por el Tribunal del límite de cumplimiento previsto en el Código Penal para aquellos casos en los que el penado haya sido condenado por delitos que hubieran podido ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, se ajustará a las siguientes reglas:
> 1a. El Secretario Judicial reclamará del Registro Central de Penados y Rebeldes la hoja histórico-penal comprensiva de todas las condenas que el penado hubiera extinguido o tuviere pendientes de cumplimiento, con indicación de la fecha de la resolución que las hubiera impuesto y de aquella en que hubieran sido cometidos los hechos delictivos y, si resulta necesario, recabará también testimonio de las sentencias condenatorias.
> 2a. Se recabará dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no hubiera sido el solicitante, y se concederá audiencia por plazo de cinco días a la defensa del penado.
> 3a. El Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, junto con las fechas de cada hecho, sentencia y respectiva firmeza y se determinará el máximo de cumplimiento conforme a lo dispuesto en el Código Penal.
> 2. El auto que se dicte podrá ser recurrido en apelación y ulterior casación por cualquiera de las partes».

Como puede verse, las principales novedades de este nuevo anteproyecto eran la eliminación del carácter preceptivo del trámite de recabar testimonio de las sentencias condenatorias[29], la incorporación del trámite de audiencia al penado y el establecimiento de una segunda instancia previa a la presentación del recurso de casación, cuya legitimación parecía extenderse también a las víctimas. *A priori*, llama también la atención que el art. 666 no determinase ni las formas de inicio del incidente ni el órgano competente. Sin embargo, un examen en profundidad del borrador permite comprobar que el anteproyecto alumbraba una nueva organización judicial y un novedoso reparto de competencias en el que, salvo determinadas cuestiones reservadas a los tribunales sentenciadores, todas las ejecuciones de las sentencias penales y sus incidentes que afectasen a un mismo penado serían conocidas por un mismo tribunal de ejecución. Esta competencia se residenciaría en el tribunal que estuviera conociendo de una ejecución pendiente y, en su defecto, en el correspondiente al tribunal de instancia que haya dictado la sentencia[30]. A tal efecto, el art. 637 preveía la creación de un Registro Nacional de Ejecuciones Penales. Además, el art. 640 establecía de forma expresa que en el procedimiento de ejecución las partes deberían actuar representadas y asistidas debidamente y que, si el condenado no hubiese designado ni designase letrado, se nombraría para su defensa abogado de oficio que asumiría también su representación.

De los dos proyectos analizados, nos parece mucho más interesante el segundo. La creación de los tribunales de instancia supondría una mejor reorganización de los recursos humanos, prescindiendo de la regla actual (un juez, un juzgado). En este marco, la atribución a un mismo órgano judicial de todas las incidencias relativas a la ejecución de las sentencias dictadas contra un mismo penado concuerda con nuestras propuestas orientadas a simplificar los problemas que plantea la regla competencial vigente, aunque sería acon-

sejable precisar qué se entiende por ejecución pendiente para evitar los mismos inconvenientes que existen en la actualidad. En otro orden de cosas, no cabe duda de que la falta de exigencia de recabar testimonio de las sentencia agilizará el procedimiento; no obstante, consideramos que, mientras las hojas histórico penales no contengan con exactitud y de forma actualizada todos los datos, no resulta posible prescindir de aquel trámite, ni siquiera asumiendo un sentido amplio del término «testimonio». El dictamen del Ministerio Fiscal debería ser exigible en todo caso, aunque el incidente comenzase a instancia suya.

4. EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE CONDENAS EN EL FUTURO CÓDIGO PROCESAL PENAL: NUESTRA PROPUESTA DE REFORMA

Ya hemos apuntado la necesidad de aprobar una nueva regulación que, acogiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, establezca con precisión la tramitación procesal de este incidente. En este contexto, presentamos la siguiente propuesta de *lege ferenda*:

1. Cuando el acusado sea condenado en una misma sentencia a una pluralidad de infracciones, el juez o tribunal sentenciador razonará y determinará en la misma resolución, cuando proceda, el límite máximo de cumplimiento de conformidad con el artículo 76 del Código Penal.

2. Cuando una sentencia condenatoria haya adquirido firmeza, el órgano judicial competente para su ejecución recabará de oficio la hoja histórico penal del penado. Si el penado ha sido condenado previamente y, por razón de la naturaleza, la duración y el número de las penas impuestas, estas sean susceptibles de ser acumuladas, o bien cuando lo interese el Ministerio Fiscal o el penado, mediante escrito sin sujeción a requisito formal alguno, el juez o tribunal acordará la formación de pieza separada de acumulación jurídica de penas.

3. El letrado de la Administración de Justicia requerirá al penado, en su caso, para que designe letrado que le asista y procurador que le represente con el apercibimiento de que, de no hacerlo, serán designados de oficio; recabará la hoja histórico penal del Registro Central de Penados y la ficha penitenciaria del centro penitenciario; y reclamará testimonio de las condenas susceptibles de ser acumuladas, así como, en su caso, los certificados sobre el estado de la ejecución que procedan. Asimismo, comunicará la apertura de la pieza a las acusaciones personadas en aquellas condenas a fin de que puedan personarse.

4. Unidos los anteriores particulares, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al Ministerio Fiscal, a las acusaciones personadas y a la representación procesal del penado por término consecutivo de 3 días a fin de que puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes. Transcurrido el plazo, el juez o tribunal dictará auto en el que, tras relacionar las distintas condenas, determinará el tiempo máximo de cumplimiento. Contra tal auto, que será notificado a las víctimas, el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas podrán interponer recurso de casación por infracción de ley.

Este artículo, con sustantividad propia, sería complementado por otro precepto que, dentro de la organización judicial, atribuyese la competencia para la ejecución de las sentencias penales a órganos específicos en los términos que hemos planteado con anterioridad.

La propuesta que presentamos merece las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, establecemos una previsión expresa del modo en que debe actuarse procesalmente cuando las penas hayan sido impuestas en el mismo proceso y proceda aplicar el art. 76 CP. En estos casos, abogamos por su resolución en la misma sentencia con aplicación del régimen ordinario de recursos (apdo. 1 de la propuesta).

b) La propuesta recoge expresamente las principales características de este procedimiento señaladas por la jurisprudencia: se trata de un procedimiento escrito, contradictorio, sujeto al principio de igualdad de partes y en el que resulta aplicable el principio de proscripción de la indefensión.

Como señala la doctrina emanada del Tribunal Supremo, «aunque desde la literalidad del art. 988 LECrim no resulta expresamente, el incidente de acumulación de condenas goza de la naturaleza de un proceso contradictorio, en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardado»[31]. Y en esta misma línea, las SSTS 176/2017, de 21 de marzo (*Tol 6010232*) y 403/2017, de 1 de junio (*Tol 6172223*) recuerdan que el incidente ha de garantizar los principios de contradicción, igualdad de armas y proscripción de la indefensión:

> «[…] la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en las sentencias 11/1987, 147/1988, 130/1996 y 237/1998, y también la doctrina de esta Sala, según recuerda la STS 373/2015, de 16 de junio, establecen que el incidente de refundición de sentencias tiene la estructura de un proceso contradictorio en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardado, produciéndose una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, cuando el incidente se inicia a solicitud del interno sin estar asistido de dirección letrada que, con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión».

c) Consideramos del todo imprescindible instaurar en la norma una rutina procesal en virtud de la cual se impulse de oficio la incoación de este procedimiento, en la medida en que afecta a un derecho fundamental como es la libertad personal (art. 17.1 CE)[32]. Para ello, abogamos por que, firme esta resolución, el órgano competente para la ejecución recabe de oficio la hoja histórico penal y verifique si pueden resultar de aplicación los límites del art. 76 CP (sin entrar en el fondo) (apdo. 2 de la propuesta). Lógicamente, este órgano deberá examinar de oficio su competencia, sobre todo en supuestos como el modelo actual en los que no está unificada la competencia para la ejecución o la acumulación en un único órgano judicial. En estos casos, podríamos plantear como buena práctica el deber de comunicar al órgano competente la existencia de esta nueva condena[33].

d) A pesar de que actualmente el texto legal guarda silencio al respecto, es práctica habitual su desarrollo en pieza separada, dado que la resolución del incidente no impide la continuación de la ejecución del resto de pronunciamientos de la sentencia que se tramita

en el procedimiento principal. Ello viene motivado porque se trata de un procedimiento incidental, entendiendo por tal, conforme a la aplicación supletoria del art. 387 LEC, aquel que, siendo distinto del que constituye el objeto principal (la ejecución de la sentencia), guarde con éste relación inmediata (apdo. 2 de la propuesta).

e) Defendemos que las solicitudes manuscritas de los penados sean admitidas y tramitadas de forma inmediata al no estar sujetas a requisito formal alguno. En esta misma línea, más acorde con el derecho de defensa, en la misma diligencia de ordenación en que se haga efectiva la formación de la pieza se requerirá al penado para que designe abogado y procurador para un procedimiento que la jurisprudencia considera diferente y nuevo a los efectos del art. 7.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (apdos. 2 y 3 de la propuesta)[34].

f) Entre los trámites procesales preceptivos que conforman el expediente incorporamos la necesidad de recabar no solo la hoja histórico penal actualizada, sino también la ficha penitenciaria, conocida igualmente como hoja de cálculo penitenciaria. Este documento, elaborado por las oficinas de gestión de los centros penitenciarios, incluye las causas por las cuales el interno se encuentra ingresado cumpliendo condena, así como las distintas fechas de cumplimiento en orden a alcanzar el licenciamiento definitivo, datos ambos relevantes para resolver sin dilación la acumulación (apdo. 3 de la propuesta). Y precisaríamos que, en caso de perder la competencia por sobrevenir una condena fuera de los casos en los que lógicamente la competencia se haya atribuido *ope legis* al juez encargado de la primera sentencia condenatoria, deberíamos acordar la inhibición con remisión de la pieza separada para evitar la reiteración de trámites procesales (apdo. 2 de la propuesta).

g) Dentro de los trámites preceptivos, abogamos por que se siga recabando testimonio de las sentencias mediante exhorto a los distintos juzgados que conozcan de su ejecución. La opinión, a veces expresada por algunos operadores jurídicos, de acuerdo con la cual bastaría obtener copia de las sentencias de que dispone el centro penitenciario aparentemente agilizaría la tramitación del expediente. Creemos, no obstante, que en realidad seguirá siendo necesario recabar el auxilio judicial de los órganos jurisdiccionales a fin de que remitan el certificado sobre el estado de cumplimiento de determinadas penas; por ejemplo, las penas suspendidas o las penas de multa no transformadas en pena de responsabilidad personal subsidiaria.

h) Consideramos que no existe motivo alguno para vedar la posibilidad de intervenir en este procedimiento a las acusaciones personadas en las distintas causas, máxime cuando el art. 78.1 CP faculta al tribunal sentenciador a tomar una decisión sobre el cómputo de los beneficios penitenciarios cuando, a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76.1 CP, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas. Ello se justifica, además, por la voluntad del legislador de hacer partícipe a la víctima en la ejecución del delito, tal como resulta del art. 13 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito, aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril[35] (apdo 3 de la propuesta).

i) Incorporados los testimonios, se dará traslado a las partes —y no solo al Ministerio Fiscal, como determina hasta el momento la norma— para que puedan informar sobre

la acumulación interesada. Consideramos que es necesario recoger normativamente una adecuada *praxis* consistente en dar siempre un trámite de audiencia escrito a la defensa del penado —asistido de letrado— tras el dictamen del Ministerio Fiscal, aunque el proceso se hubiese iniciado a instancia del condenado[36]. Defendemos, no obstante, que no es imprescindible que este trámite de audiencia sea oral y se celebre en presencia del penado[37].

j) Entendemos necesaria la notificación personal al penado del auto que resuelva la acumulación. Asimismo, no vislumbramos ningún impedimento para comunicar la situación penitenciaria del reo a la víctima. Esta es otra de las propuestas procesales que presentamos como mejora del Estatuto de la Víctima. En definitiva, proponemos la aprobación de modificaciones legislativas que salvaguarden mejor tanto los derechos del penado como los de las víctimas.

Además de la propuesta expuesta, abogamos por afianzar una rutina procesal cuando el procedimiento no se haya iniciado de oficio. Recabada la hoja histórico penal y obtenida la ficha penitenciaria, es aconsejable que el juez o tribunal examine de oficio su propia competencia antes de recabar testimonio de las distintas condenas, y que realice una primera valoración del resultado de la acumulación con los datos disponibles. Con el examen de oficio de la competencia, se reducirán las dilaciones indebidas que genera la regla de competencia vigente cuando el juzgado repara en su falta de competencia en el momento de resolver la solicitud. Es más, en caso de perder la competencia por sobrevenir, por ejemplo, una nueva condena, deberíamos acordar la inhibición con remisión de la pieza separada tramitada para evitar la reiteración de trámites procesales. En otro orden de cosas, con el cálculo provisional del resultado de la acumulación, puesto en relación con las fechas de repercusión penitenciaria, en particular el licenciamiento definitivo, podrá determinarse el grado de prioridad de la tramitación con la urgencia que merece una causa en la que la persona está privada de libertad.

Finalmente, sería aconsejable una previsión normativa que contemple la posibilidad de revisar autos de acumulación firmes con objeto de aplicar retroactivamente los nuevos cambios jurisprudenciales más favorables para el reo y que flexibilice los plazos de aclaración y subsanación del art. 267 LOPJ. Como sabemos, el auto de acumulación produce los efectos de la cosa juzgada formal o intangibilidad de las resoluciones, exigencia derivada del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Esto quiere decir que, denegada una acumulación de condenas y agotados los recursos procedentes, la solicitud no podrá replantearse nuevamente. Ahora bien, la aparición de una nueva sentencia no impedirá una nueva revisión de la resolución. Sin embargo, no será viable aplicar retroactivamente el nuevo cambio jurisprudencial sin límites o corregir errores en bloques de condenas que no se vean afectados por la nueva sentencia, por más que sean beneficiosos para el reo. Admitir lo contrario supondría una invitación al reo a cometer nuevos delitos, ello al margen de la desigualdad que esta hipótesis generaría para los penados que mantengan una conducta alejada del delito. Pero perpetuar el error por el simple hecho de que el auto no haya sido recurrido u objeto de aclaración tiene una repercusión directa en un derecho fundamental como es el de la libertad personal. Por ello, proponemos introducir este supuesto dentro de los casos en los que es viable interponer

el recurso de revisión. Mientras la propuesta que planteamos no se materialice, razones de economía procesal y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE aconsejan que deba explorarse también la posibilidad de realizar una interpretación laxa de los términos «errores materiales manifiestos y los aritméticos» (art. 267.3 LOPJ) del auto de acumulación, a fin de rectificar determinados errores que redunden en beneficio del reo en cualquier momento, es decir, fuera de los plazos restringidos que encierran la vía de la aclaración y la subsanación previstas en el mismo precepto.

5. CONCLUSIONES

El incidente de acumulación de condenas es el procedimiento que tiene por objeto determinar el tiempo máximo de pena que ha de cumplir una persona que ha sido condenada en distintos procedimientos por hechos que pudieran haber sido enjuiciados en uno solo. Su regulación, escueta e imprecisa, aparece recogida en un único precepto, el párr. 3 del art. 988 LECrim, y ha sido una fuente de problemas interpretativos, razón por la cual resulta necesaria una profunda reforma de esta norma.

Consideramos urgente, en primer lugar, establecer una nueva regla competencial que evite el sinfín de divergencias interpretativas de los juzgados y tribunales, así como las disfunciones derivadas de la pérdida sobrevenida de competencia generadas por la regla vigente, que la atribuye al último juzgado o tribunal sentenciador. Nosotros abogamos por que la competencia sea asignada al juez que conozca de la ejecución de la primera sentencia condenatoria dictada contra el penado, con exclusión de los jueces de instrucción. El criterio que defendemos es congruente con nuestra posición acerca de la naturaleza jurídica de la acumulación y su consideración como mera facultad de ejecución. Por otra parte, permite centralizar las acumulaciones de un penado en un mismo órgano, lo que diluye las disfunciones de la regla actual. Asimismo, facilita la especialización de los órganos judiciales en una materia extremadamente compleja. Finalmente, es congruente con el criterio fijado en la jurisdicción de menores en el art. 12 LORPM. Dando un paso más, defendemos la conveniencia de disociar las facultades de enjuiciamiento y ejecución. Sería interesante acometer la reforma de la organización judicial y centralizar la competencia para ejecutar en determinados órganos judiciales o determinados jueces, en la línea del malogrado anteproyecto de los Tribunales de Instancia.

A la vista de la parquedad de la regulación y de los problemas interpretativos que provoca, se hace imprescindible también una nueva regulación que, acogiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, establezca con precisión la tramitación procesal de este incidente. Para ello, presentamos una propuesta de *lege ferenda* basada en un procedimiento escrito, contradictorio y sujeto al principio de igualdad de partes en el que resulte aplicable el principio de proscripción de la indefensión y que se tramite en pieza separada. Partiendo de estos principios rectores, proponemos instaurar una rutina procesal en la que, una vez alcanzada la firmeza de la sentencia condenatoria, el órgano competente para la ejecución (ya sea actualmente el tribunal sentenciador, o en su

caso, el juzgado de ejecutorias) eleve de oficio una consulta telemática al SIRAJ[38] y examine su propia competencia con el fin de poder incoar de oficio el incidente en una materia que, recordemos, afecta a la libertad individual de las personas. Por el mismo motivo, recibida una solicitud manuscrita del penado sin asistencia letrada, abogamos por no dilatar la incoación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda de inmediato al necesario nombramiento de abogado y procurador. También sería una buena *praxis* dar siempre un trámite escrito de audiencia a la defensa del penado, aunque el proceso se hubiese iniciado a instancia del condenado, con el fin de salvaguardar de forma efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

NOTAS

1. Manzanares Samaniego (2016) realiza un breve análisis de Derecho comparado sobre los sistemas punitivos de estos países. Así, el Código Penal alemán de 1871 (§§ 53-55) castiga la pluralidad de hechos enjuiciados en la misma o distinta sentencia con una pena global que es el resultado de elevar la pena más grave atendiendo a la personalidad del autor y las particularidades de los hechos punibles. Esta pena global no puede exceder de la suma de las penas impuestas por separado y tiene un límite insuperable de 15 años para la prisión temporal. Los arts. 77 y 78 del Código Penal portugués de 1995 y el art. 49 del Código Penal suizo de 1937 establecen previsiones similares.

2. El art. 74 CP dispone en sus dos primeros apartados: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

3. El art. 77.2 CP (concurso ideal) preceptúa que «[…] se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado». Por su parte, el art. 74.1 CP (delito continuado) dispone que «[…] será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». Por su parte, el art. 77.3 CP (concurso medial) dispone que «[…] se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior». Por su parte, el art. 74.2 (delito masa) prescribe: «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio […] el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas»

4. Art. 15 CE: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes […]».

5. La expresión «patrimonio punitivo» es acuñada por el propio Tribunal Supremo en la STS 385/2017, de 29 de mayo (*Tol 6155939*) y es descrita de forma muy gráfica las SSTS 14/2014, de 21 de enero (*Tol 4103145*) y 227/2017, de 31 de marzo (*Tol 6026739*). Consiste en el riesgo de reiteración delictiva que existiría «[…] cuando un condenado por las penas que ya tiene impuestas sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos». Como ejemplifica de forma magistral la STS 385/2017, de 29 de mayo (6.155.939), «[…] se produciría el absurdo de que quien ya hubiese cumplido una larga condena por asesinato o agresión sexual resultase impune o muy beneficiado en caso de comisión, posterior a su salida de prisión (o durante la misma) de otros delitos similares».

6. Sobre la forma de resolver una solicitud de acumulación de condenas, puede verse nuestro trabajo dogmático y práctico en Varona Jiménez (2019: 75-244 y 381 ss.).

7. El tenor literal es el siguiente: «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».

8. El tenor literal del apdo. 7 de la DA 5 dice así: «Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

9. Fiel reflejo de lo dicho son los dos acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprobados durante los últimos 4 años: acuerdos de 3 de febrero de 2016 y de 27 de junio de 2018.

10. A título de ejemplo, algunas dudas que se han planteado son las que siguen: ¿pueden ser competentes los juzgados de instrucción que hayan dictado una sentencia por delito leve? ¿Cuál es el órgano competente en los casos en los que el juez que ejecuta la sentencia no es el mismo que la dicta? ¿Es competente el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia o el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia que sea acumulable? ¿El juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia atendiendo a la firmeza a la fecha en la que haya devenido firme o el juez o tribunal que hubiere dictado la última sentencia en primera o única instancia? Un análisis de estas y otra dudas puede verse en Varona Jiménez (2019: 268-295).

11. Ello ocurrió tras la creación en 1979 de la figura de los jueces de vigilancia penitenciaria, quienes inicialmente reclamaron su competencia para conocer de este incidente en la reunión mantenida en Madrid los días 26 y 27 de abril de 1982 con motivo del establecimiento de criterios y pautas de actuación (CGPJ, 1982: 47-51). De esta forma se generó un interesante debate sobre la naturaleza jurídica de esta institución. La jurisprudencia consideró que la acumulación produce una novación de la pena propia de la fase de individualización judicial y aquellas reivindicaciones quedaron aparcadas (en este sentido, AATS 7 de abril de 1989 (*Tol 3522688*), 5 de marzo de 1990 (*Tol 5021250*) y 25 de mayo de 1990 (*Tol 3349728*); y STS 820/1994, de 8 de marzo (*Tol 5107586*)). Sin embargo, la STS, Pleno, de 28 de febrero de 2006 (*Tol 846378*), creadora de la conocida como doctrina Parot, modificó aquel criterio a efectos

penitenciarios. Paradójicamente, el debate sobre la competencia no fue reabierto. En Varona Jiménez (2019: 250-267) realizamos un análisis minucioso de esta controversia.

12. El acuerdo de 27 de junio de 2018 reza así: «10. La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECrim), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad».

13. La LO 16/1994, 8 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, habilitó expresamente la puesta en funcionamiento de estos Juzgados al modificar el art. 98.1 LOPJ y permitir al Consejo General del Poder Judicial «[…] acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de […] las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate». El Consejo General del Poder Judicial ha hecho uso de esta facultad en las ciudades de Madrid, Barcelona, Valencia, Palma de Mallorca, Bilbao y San Sebastián. Actualmente, existen dieciocho juzgados penales de ejecutorias en la planta judicial (CGPJ, 2017).

14. La diferencia es relevante en la medida en que no todos los órganos sentenciadores tienen funciones de ejecución. Estamos pensando en las sentencias de los juzgados de lo penal sin ejecutorias (art. 98.1 LOPJ), en las sentencias de conformidad dictadas por los juzgados de instrucción (art. 801.4 LECrim) y en las sentencias por delito grave o menos grave dictadas por los juzgados de instrucción en los procesos por aceptación de decreto (art. 89bis2, párr. 2. LOPJ).

15. La consideración de la acumulación como potestad de enjuiciamiento o como mera facultad de ejecución de la pena es una de las cuestiones más controvertidas analizada por los distintos operadores jurídicos y por la propia jurisprudencia, sobre todo en el marco de la discusión generada a raíz de la creación y delimitación de competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria, discusión que tuvo su epicentro en la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, creadora de la doctrina Parot. La elección de uno u otro criterio conlleva importantes consecuencias prácticas en cuestiones tan diversas como la competencia, la prescripción, la cancelación de los antecedentes penales o los beneficios penitenciarios. Sobre los distintos planteamientos acerca de la naturaleza jurídica, puede verse nuestro análisis en Varona Jiménez (2019: 43-58).

16. Conforme a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la conexidad temporal existe cuando «[…] los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión y enjuiciamiento»: SSTS 222/2016, de 16 de marzo (*Tol 5674489*) y 620/2017 de 15 de septiembre (*Tol 6346169*). Esto quiere decir que, ordenadas las sentencias por orden cronológico, de más a menos antigua, y seleccionada la sentencia más antigua que resulte más favorable, serán acumulables todos los hechos que sean anteriores a aquella.

17. Como apunta Vivancos Gil (2015: 7), lo que el Tribunal Europeo afirmó es que el cómputo de la redención de las penas por trabajos es una materia propia de la ejecución de las penas privativas de libertad, y que la fórmula de computarlos establecida en la doctrina Parot afectaba al alcance de la pena impuesta en orden a poder aplicar el principio de irretroactividad propio de las normas penales. En ningún momento en aquellas resoluciones se habló expresamente de la naturaleza del tiempo máximo de cumplimiento.

18. El malogrado anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial para la creación de los Tribunales de Instancia, aprobado en el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, creó la figura de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, que asumían todas las funciones de ejecución. A tal efecto, la DA 11 rezaba así: «Las referencias a los Juzgados o Jueces de Vigilancia Penitenciaria que se contengan en otras disposiciones legales o reglamentarias se entenderán hechas a los jueces de Ejecución de Penas que se regulan en esta Ley».

19. En este sentido, Ruiz Vadillo (1988: 64), Del Moral García (1994: 241), Calderón Cerezo (1995: 175); y Peiteado Mariscal (2000: 643-644).

20. Efectivamente, el art. 97 CE atribuye al Gobierno el ejercicio de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. Por tanto, le corresponde llevar a efecto la política penitenciaria que considere pertinente. En este marco, el art. 31 RP, apdo. 1, dispone: «Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios […]». En su apdo. 2 añade que «[…] ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección […]». Por consiguiente, si se atribuye la competencia a los juzgados de vigilancia penitenciaria, en última instancia el hecho de que el competente sea un juez de vigilancia u otro dependerá de una cuestión competencia del Gobierno, como en el caso de los traslados.

21. En esta línea, los jueces de vigilancia propusieron en la VI reunión, celebrada en el mes de mayo de 1992, que contra la decisión del juez de vigilancia en esta materia debía admitirse recurso de apelación ante el juez o tribunal sentenciador, y sería también procedente, en segundo término, recurso de casación ante el Tribunal Supremo (CGPJ, 1992: 21).

22. Sobre las penas acumulables, puede verse Varona Jiménez (2019: 84 ss.).

23. Concretamente, el art. 636 disponía en su apdo. 1: «La competencia para la ejecución de las sentencias penales corresponde al Tribunal de instancia o a la Sala del Tribunal que hubiere dictado la sentencia de primera instancia a través de su Tribunal de Ejecución». No obstante, el apdo. 2. precisaba que «[…] la ejecución de las sentencias condenatorias o que impongan una medida de seguridad a persona frente a la que exista una ejecución pendiente corresponderá al Tribunal que estuviera conociendo de esta […]».

24. *Vid.*, *infra*, epígrafe 4.

25. Este también es el sentir de la doctrina. En este sentido, De Vicente Martínez (2014: 1) habla de una regulación resumida, parca y que adolece de suficiente concreción; García San Martin (2016: 84) caracteriza a este régimen jurídico procesal como una escasa y escueta previsión normativa; a nuestro juicio, López Cerrada (2004: 51) utiliza una acertadísima expresión cuando afirma que no es que la regulación sea resumida o escasa, sino que «está realizada en formato telegráfico»; y Muñoz Ruiz (2017: 4) apunta a la ausencia de «una depurada técnica legislativa en su regulación».

26. SSTS 473/2013, de 29 de mayo (*Tol 3774755*), 861/2016, de 16 de noviembre (*Tol 5892698*) y 176/2017, de 21 de marzo (*Tol 6010232*).

27. SSTC 11/1987, de 30 de enero (BOE núm. 35, 10 de febrero de 1987), 13/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000) y, Pleno 191/2002, de 28 de octubre (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002). (ECLI:ES:TS:1990:1376A) de e las penas Y en el caso del C

28. Una de las últimas ha sido la STEDH de 23 de octubre de 2018, dictada en el caso *Arrózpide Sarasola y Otros vs. España* (*Tol 6846095*).

29. No obstante, la eliminación no es tal. El art. 662.1 disponía: «Se formará expediente separado de ejecución para el control de la ejecución de las penas de prisión impuestas. El expediente se iniciará con testimonio de las sentencias de condena en las que se (*sic*) hubieran sido impuestas penas de prisión en ejecución, liquidación actualizada de las condenas impuestas y una hoja resumen que sistematice la anterior información y todas aquellas circunstancias que sean relevantes para facilitar el control de la ejecución». Y el apdo. 2 añadía: «Dentro de la pieza de ejecución, se abrirán a su vez, según resulten ne-

cesarias, piezas separadas para resolver cada uno de los grupos de cuestiones a que se refieren las secciones siguientes de este capítulo».

30. *Vid* nota al pie núm. 23.

31. Entre otras, las SSTS 473/2013, de 29 de mayo (*Tol 3774755*), 611/2106, de 7 de julio (*Tol 5776218*), 2/2017, de 12 de enero (*Tol 5937570*) y 343/2017, de 12 de mayo (*Tol 6100521*).

32. Comparte también esta propuesta Salcedo Velasco (1994: 252).

33. Por ejemplo, a día de la fecha, el parámetro temporal determinante es el de la sentencia en primera instancia, por lo que podría ser que una sentencia anterior en primera instancia devenga firme con posterioridad, no siendo competente.

34. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional ha rechazado la práctica común de algunos juzgados de considerar y dar por hecho que quien asiste y representa al penado sean los profesionales personados en la ejecutoria en cuyo seno se resuelve la acumulación (STC 13/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000) y STC Pleno 191/2002, de 28 de octubre (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002)). En los mismos términos se han expresado las SSTS 281/2017, de 3 de abril (*Tol 1069834*) y 458/2010, de 26 de mayo (*Tol 1877249*).

35. García San Martín (2016: 91-95) realiza un interesante estudio de la participación de la víctima en el incidente de acumulación.

36. Comparte este criterio De Vicente Martínez (2014: 17), autor que defiende que esta audiencia es preceptiva «[…] como manifestación obligada del principio de contradicción que deriva del artículo 24 de la Constitución», y ello independientemente de que el penado sea o no solicitante, inicial o sobrevenido. Por el contrario, De Lamo Rubio (1997: 405) o Llorca Ortega (^{6}2005: 182) consideran que, si el penado ha contado con asistencia letrada desde el comienzo, tal audiencia no sería necesaria, aunque si aconsejable. La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo establece la necesidad de un trámite de audiencia a la defensa, sin exigir el carácter oral, bien al inicio del procedimiento o bien durante su desarrollo [SSTS 1100/2006, de 13 de noviembre (*Tol 1069834*) y 17/2019, de 22 de enero (*Tol 7011831*)].

37. En el mismo sentido, De Lamo Rubio (1997, p. 405) y Conde-Pumpido Tourón (2000: 567).

38. Abreviatura del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, creado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero. Este sistema integra varios registros, entre ellos el Registro Central de Penados.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CEREZO, Ángel (1995): «El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas», en Á. Calderón Cerezo (dir.), *Unidad y pluralidad de delitos* (*Cuadernos de Derecho Judicial*), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, núm. vol. II, 135-187.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2000): «Art. 988 LECrim», en V. Gimeno Sendra *et al.*, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, t. 7, 561-593.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1982): «Criterios expuestos en la reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid los días 26 y 27 de abril de 1982», *Boletín de información*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, año II, 4, 47-51.

— (1992): «Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VI Reunión (mayo de 1992)», *Boletín de información*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, año VII, 109, 20-31.
— (2017): «La Justicia Dato a Dato, año 2017» [en línea] <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/EstadisticaJudicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>. [Consulta: 10/12/2018.]
DE LAMO RUBIO, Jaime (1997): «El incidente de acumulación jurídica de penas», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Barcelona: Bosch, 389-413.
DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2014): «Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas», en el Curso de formación continua de fiscales *Sistema de penas. Delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas de futuro* [en línea] <https://www.fiscal.es.>. [Consulta: 07/072018.]
DEL MORAL GARCÍA, Antonio (1994): «Recursos frente a autos en el procedimiento abreviado y en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria», en J. Saavedra Ruiz, Juan (dir.), *Cuestiones de Derecho procesal penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 10, 151-247.
GARCÍA SAN MARTÍN Jerónimo (2016): *La acumulación jurídica de penas*, Madrid: Ministerio de Interior-Secretaría General Técnica.
LÓPEZ CERRADA, Víctor Manuel (2004): «La acumulación jurídica de penas», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 250, 9-71.
LLORCA ORTEGA, José ([6]2005): «La determinación de la pena en los casos de pluralidad delictiva y del delito continuado», en *Íd.*, *Manual de determinación de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 59-196.
MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2016): «La penalidad en el concurso sobrevenido», *Diario La Ley*, 8806, Sección Doctrina [en línea] ≤http://revistas.laley.es/Content/inicio.aspx.>. [Consulta: 12/01/2018.]
MUÑOZ RUIZ, Josefa (2017): «Análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 76 del Código Penal», *Anales de derecho*, 35 (1) [en línea] <http://revistas.um.es/analesderecho/ article/download/258011/216411>. [Consulta: 18/05/2018.]
PEITEADO MARISCAL, Pilar (2000): *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Madrid: Edersa.
RUIZ VADILLO, Enrique (1988): «Problemas derivados de la aplicación de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal», en *Vigilancia Penitenciaria* (*Revista del Poder Judicial*), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, núm. especial II, 51 a 65.
SALCEDO VELASCO, Andrés (1994): «La refundición de condenas: acumulación de penas», en F. Bueno Arús (dir.), *La ejecución de la sentencia penal*, (*Cuadernos de Derecho Judicial*), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, XV, 197-324.
VARONA JIMÉNEZ, Alberto (2019): *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
VIVANCOS GIL, Pedro Antonio (2015): «Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo», *Diario La Ley*, 8517, Sección Doctrina, 1-12.

Fecha de recepción: 16 de julio de 2019.
Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2019.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL ESTADO Y A LA POLÍTICA DE *KRATOS*

THOUGHTS ABOUT THE SELF-DEFENSE OF THE STATE AND THE *KRATOS* POLICY

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Huelva

RESUMEN

El intento de justificar de alguna manera la impunidad de los terribles crímenes cometidos en la Guerra Civil española y en la posguerra por sujetos afines al bando vencedor encuentra dos puntos de referencia: la ley de 23 de septiembre de 1939 dictada por Francisco Franco y el aval académico brindado por Isaías Sánchez Tejerina desde la Universidad de Salamanca. En nuestros días, la política de *Kratos* revive a nivel mundial los intentos de justificar la tortura y los asesinatos selectivos colocando en su punto de mira a aquellos que son definidos como terroristas.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, Guerra Civil, legítima defensa, política de *Kratos*.

ABSTRACT

The attempt to justify the impunity for horrific crimes committed in the Spanish Civil war and in the post-war period by related subjects to the winning side somehow found two reference points: the law of September 23, 1939 by Francisco Franco and the academic support provided by Isaías Sánchez Tejerina from the University of Salamanca. In our days, *Kratos* policy revives global attempts to justify torture and targeted assassinations by placing in its point of view to those who are defined as terrorists.

KEY WORDS

Criminal law, Civil War, self-defence, *Kratos* policy.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL ESTADO Y A LA POLÍTICA DE *KRATOS*

Juan Carlos Ferré Olivé
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Huelva

1. APROXIMACIÓN

En épocas recientes me he ocupado del Derecho penal español de la posguerra, particularmente de la figura de D. Luis Jiménez de Asúa[1]. Sin embargo, considero que mis reflexiones sobre una época tan oscura para España en general y para el Derecho penal en particular podían también llevarme a analizar algún elemento del sistema punitivo que habría sido utilizado en aquellos días desde la academia para fundamentar crímenes de Estado, y que, según creo, sigue vivo para dar una *bendición académica* a los asesinatos selectivos que se practican actualmente en diversos lugares del mundo. Me refiero concretamente a la llamada «legítima defensa del Estado», doctrina difundida a finales de la década de 1930 desde la Universidad de Salamanca por el catedrático Isaías Sánchez Tejerina y que, actualmente, parece ser un postulado importante para los seguidores de la excepcionalidad de las sanciones penales —y el Derecho penal del enemigo— que se aplica fundamentalmente en materia antiterrorista.

Durante la Guerra Civil y la inmediata posguerra, en España se produjo lo que Claret Miranda definió acertadamente como «el atroz desmoche» o «la destrucción de la universidad española por el franquismo»[2]. Esta situación no puede comprenderse plenamente sin tener en cuenta que el apartamiento de muchos docentes en general —y de los penalistas en particular— respondía a motivaciones ideológicas, concretamente al peligro que, según las autoridades del nuevo régimen, podían generar tanto sus doctrinas como sus enseñanzas alternativas, orientadas a ilustrar y abrir la mente a los estudiantes y, en particular, a los futuros juristas, muchos de los cuales llegarían a ser jueces, fiscales, mandos de las fuerzas

de seguridad, operadores del mundo jurídico, etc. Existió, pues, una enorme campaña de descrédito. Así, algunos de los penalistas más destacados, como el propio Jiménez de Asúa, sufrieron la aplicación de la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo. Dicha ley atribuía a «las sociedades secretas de todo orden» y a las «fuerzas internacionales de índole clandestina» haber «contribuido a la decadencia de España». Se intentaba justificar así la privación de sus cátedras, la confiscación de los bienes de los docentes represaliados y, en muchos casos, su propio extermino a través de penas de muerte dictadas por tribunales *ad hoc*[3]. El objetivo era construir una «Nueva Universidad» para el «Nuevo Estado» sometida un control ideológico pleno[4].

El presidente de la Comisión de Cultura y Enseñanza, José María Pemán, dictó el 7 de diciembre de 1936 la Circular a los Vocales de las Comisiones Depuradoras de Instrucción Pública, dedicada a la depuración de la enseñanza en todos sus grados. La Circular afirma lo siguiente: «El carácter de la depuración que hoy se persigue no es solo punitivo, sino también preventivo. Es necesario garantizar a los españoles, que con las armas en la mano y sin regateos de sacrificios y sangre salvan la causa de la civilización, que no se volverá a tolerar, ni menos a proteger y subvencionar a los envenenadores del alma popular, primeros y mayores responsables de todos los crímenes y destrucciones que sobrecogen al mundo y han sembrado de duelo la mayoría de los hogares honrados de España» […] Los individuos que integran esas hordas revolucionarias, cuyos desmanes tanto espanto causan, son sencillamente los hijos espirituales de catedráticos y profesores que, a través de instituciones como la llamada "Libre de Enseñanza", forjaron generaciones incrédulas y anárquicas»[5].

Las plazas vacantes de profesores universitarios —por la ejecuciones o el exilio— fueron cubiertas a través de las llamadas «oposiciones patrióticas». La calidad de la obra científica de los candidatos era una cuestión secundaria. Lo fundamental era su posicionamiento político —necesariamente de orientación falangista o afín al nacionalcatolicismo— e incluso los méritos militares[6]. La campaña fue intensa. El catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, José Guallart y López de Goicochea, escribía sin contemplaciones atacando duramente a Luis Jiménez de Asúa, a Krause, a la Institución Libre de Enseñanza y a la Escuela de Criminología, a la que calificaba como un «tinglado de la antigua farsa» que servía a «una política revolucionaria y antiespañola»[7]. Otro de los ejemplos más significativos fue el del catedrático de Derecho penal Juan del Rosal, jurista que, como ha dicho Mirat Hernández, estaba «[…] fascinado por el nacionalsocialismo que defiende la raza del pueblo alemán, en la que encuentra fuerza interior y en la que se basa la idea expansiva del imperio»[8]. Del Rosal —a la sazón destacadísimo discípulo del denostado Jiménez de Asúa— participó en el frente nacional durante la guerra, recibiendo importantes distinciones del Tercer Reich y, posteriormente, fue premiado con las cátedras de Valladolid y Madrid hasta su jubilación. Su maestro, Jiménez de Asúa, murió en el exilio bonaerense[9].

2. EL PRIMER FRANQUISMO Y LA «LEGÍTIMA DEFENSA DEL ESTADO»

Alemania removía sus cimientos en 1933 con la llegada del nazismo al poder, desarrollándose hasta extremos insospechados los planteamientos nacionalistas y supremacistas ya esbozados por Johann Fichte en sus *Discursos a la Nación Alemana* de 1807, en los que la raza, el pueblo y el patriotismo llegaron a desplazar al mismísimo Dios[10]. La versión española no siguió los mismos derroteros, aunque sí lo hizo en cierta medida en los primeros años del franquismo, los del auge de la Falange. La derrota alemana en Stalingrado hizo ver al dictador que debía cambiar su rumbo hacia el nacionalcatolicismo[11]. En todo caso, había un «Nuevo Estado» con nuevos poderes que debía afianzar su marco jurídico y político, y *dulcificar* las responsabilidades penales de los suyos, es decir, de aquellos que se habían excedido en su actuación dentro del propio bando vencedor.

El 21 de diciembre de 1938, el ministro del Interior Serrano Súñer dictó la Orden constituyendo una comisión encargada de demostrar la ilegitimidad de los poderes actuantes en la República Española en 18 de julio de 1936. La comisión se integró por 22 juristas afines al «Nuevo Estado», cuya función sería, de acuerdo con el tenor literal de la Orden, llevar a cabo un «[…] gran proceso, encaminado a demostrar al mundo, en forma incontrovertible y documentada, nuestra tesis acusatoria contra los sedicentes poderes legítimos, a saber: que los órganos y las personas que en 18 de julio de 1936 detentaban el poder adolecían de tales vicios de ilegitimidad en sus títulos y en el ejercicio del mismo, que, al alzarse contra ellos el Ejército y el pueblo, no realizaron ningún acta de rebelión contra la Autoridad ni contra la Ley»[12]. Desde el propio golpe de Estado del 18 de julio de 1936 muchas leyes republicanas habían sido sustituidas por bandos de guerra. Algunos de ellos demostraban la crueldad de los golpistas y el su alejamiento del Derecho. A título ilustrativo, en el bando militar emitido por el general Queipo de Llano el 24 de julio de 1936 podía leerse lo siguiente: «Serán pasadas por las armas, sin formación de causa, las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan, y en caso de no darse con tales directivos, serán ejecutados un número igual de afiliados, arbitrariamente elegidos»[13].

Posteriormente, la Ley de 23 de septiembre de 1939 consideró «[…] no delictivos determinados hechos de actuación político-social cometidos desde el catorce de abril de mil novecientos treinta y uno hasta el dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis». El artículo primero dispone: «Se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualesquiera de los delitos contra la constitución, contra el orden público, infracción de las Leyes de tenencia de armas y explosivos, homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacciones y de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el catorce de abril de mil novecientos treinta y uno hasta el dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis, por personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre que aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que con su conducta justificaron el Alzamiento (Firmado: Francisco Franco)». Una ley de esta naturaleza y con semejante amplitud no permite identificar una caracterización jurídica que corresponda a los elementos ordinarios de la teoría del delito. Se trataba, sin más,

del ejercicio del derecho de gracia, una amplia *amnistía* —o, mejor dicho, *autoamnisitía*— que impedía cualquier actuación jurisdiccional para perseguir un importante número de delitos (los enunciados expresamente y *todos los conexos*) si estos eran considerados una *actuación político-social*, una *protesta* contra el Gobierno legítimamente constituido, y habían sido cometidos exclusivamente por personas *ideológicamente afines* a los triunfadores de la Guerra Civil, ámbito subjetivo que, lógicamente, incluía al propio Franco y a todos sus generales. El ejercicio de este derecho de gracia no perseguía un fin pacificador tras la finalización de la guerra, pues no se aplicaba a ningún republicano ni, en general, a ningún otro enemigo, definidos claramente por los propios vencedores. Curiosamente, tres meses más tarde —en su discurso de fin de año pronunciado el 31 de diciembre de 1939— el propio Franco se manifestó contra las amnistías: «Necesitamos una España unida, una España consciente. Es preciso liquidar los odios y las pasiones de nuestra pasada guerra, pero no al estilo liberal con sus monstruosas y suicidas amnistías, que encierran más de estafa que de perdón; sino con la redención de la pena por el trabajo, con el arrepentimiento y con la penitencia; quien otra cosa piensa, o peca de inconsciencia o de traición»[14].

Como destaca Álvaro Dueñas[15], no todo era armonioso dentro del bando vencedor. Hubo una enconada pugna entre militares y falangistas para controlar el poder en el «Nuevo Estado». Se crearon tribunales mixtos de responsabilidades políticas[16] compuestos por magistrados, militares y miembros de Falange. Pero al frente de toda la institución se colocó como presidente a un catedrático de Pediatría visceralmente ultracatólico, D. Enrique Suñer, que odiaba sin disimulo a todos los intelectuales —su obra panfletaria más importante fue *Los intelectuales y la tragedia de España*, de 1937—, en particular a las «sectas», encabezadas por la Institución Libre de Enseñanza y la Junta de Ampliación de Estudios y, en general, a «[…] los masones, los socialistas, los comunistas, los azañistas, los anarquistas: todos los judíos dirigentes del negro marxismo que tiene por madre a Rusia y por lema la destrucción de la civilización europea»[17].

Suñer atribuía a la Institución Libre de Enseñanza buena parte de los «orígenes de la catástrofe actual», pues, a su juicio, arrancaba «del alma de los niños la creencia en Dios» y era una «[…] secta que, simplemente por serlo, ha dañado inmensamente a la Patria». Acusaba a la Institución de disimular «[…] bajo el calificativo de altos y diversos ideales, esencialmente culturales, un proteccionismo a los afiliados de carácter esencialmente masónico, con olvido absoluto del valor de los adversarios». Cuestionaba la inactividad del clero ante estos acontecimientos y le recriminaba haber olvidado por completo la castiza frase «A Dios rogando y con el mazo dando»[18]. Añadía luego que «[…] con unas cuantas docenas de penas capitales impuestas a los de arriba, y las necesarias expulsiones del territorio nacional, muchos de los energúmenos, agitadores y cobardes revolucionarios causantes de nuestras presentes desdichas hubiesen callado con silencio absoluto»[19].

Ideólogo del primer franquismo, Suñer no dudaba en señalar los objetivos para recuperar la patria: «Para que este programa ideal pueda cumplirse, hace falta practicar una extirpación a fondo de nuestros enemigos, de esos intelectuales, en primera línea, productores de la catástrofe. Por ser más inteligentes y más cultos, son los más responsables. También son los más peligrosos, porque ellos mantienen, y mantendrán probablemente hasta el fin

de su días, sus concomitancias con las sectas, de las cuales no pueden desligarse porque en ello les va la vida. Procurarán hipócritamente fingir el arrepentimiento; mas en esencia permanecerán dentro de sus antiguas posiciones, porque el sistema judaico-marxista no suele soltar a los cerebros destacados que apresó en sus redes»[20].

Un destacadísimo defensor de las tesis justificadoras del «Alzamiento Nacional», que sentaban tan bien al «Nuevo Estado» fue, sin duda, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca Isaías Sánchez Tejerina[21], quien había sido erróneamente considerado, unos años antes, «compañero y amigo» por Luis Jiménez de Asúa. Posteriormente se convertiría en uno de sus más exacerbados detractores[22] y, simultáneamente, en el «penalista oficial del falangismo»[23]. Este catedrático se mostró en todo momento a favor de la pena de muerte, que había sido derogada por el Código Penal de 1932 a instancias de Luis Jiménez de Asúa, texto legal aprobado por Parlamento durante la Segunda República. Recomendaba la ejecución inmediata de esta pena, evitando así «indeseables indultos». Para fundamentar la legitimidad de este tipo de pena construyó su teoría de la «legítima defensa del Estado», propia del totalitarismo más intransigente, doctrina penal que analizaré a continuación[24].

Para Sánchez Tejerina, *la cultura* también era fuente de delitos, tesis que ratificaba su adscripción al integrismo religioso[25], según el cual en España la inteligencia se había aliado directamente con el vicio y el crimen. El tiempo demostró que los pensamientos de Sánchez Tejerina no se limitaron al mundo de la universidad y de las ideas, pues llegó a ser un represor de primer orden. Como ha analizado en profundidad Portilla Contreras, Sánchez Tejerina no solo tuvo una enorme influencia en la génesis de la Ley sobre represión de la Masonería y el Comunismo, de 1 de marzo de 1940, sino que llegó a formar parte del Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, en el que se desempeñó como juez[26]. En dicha ley se afirmaba que «[…] en los numerosos crímenes de Estado, se descubre siempre la acción conjunta de la masonería y de las fuerzas anarquizantes movidas a su vez por ocultos resortes internacionales». Su artículo primero disponía: «Constituye figura de delito, castigado conforme a las disposiciones de la presente ley, el pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas […]». De acuerdo con el art. 5, los delitos de masonería y comunismo se sancionaban con la pena de reclusión menor (prisión de 12 años y un día a 20 años), aunque si concurrían agravantes la pena prevista era de reclusión mayor (de 20 años y un día a 30 años).

La tesis de Sánchez Tejerina sobre la «legítima defensa del Estado» se expuso ampliamente en la *Oración Inaugural* del curso 1940 a 1941 de la Universidad de Salamanca que el catedrático impartió en el Paraninfo de la Universidad bajo el título «Un caso de legítima defensa colectiva»[27]. Este penalista enunció entonces una doctrina contundente: «El Alzamiento Nacional Español, comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa». Tomaba como punto de partida la caracterización penal e individual de la legítima defensa, que consideraba un acto totalmente lícito ejercitado por un particular. Desde su perspectiva, la legítima defensa enfrenta a un agresor peligroso y a un agredido que defiende su vida —u otros derechos vitales— y el orden social. Así, se autoriza —es decir, se considera inimputable— la eliminación del agresor peligroso.

El estudio estableció una serie de consignas para adaptar la legítima defensa individual a la *defensa del Estado*, que se aplicaría a todos sus enemigos:

– «El Movimiento Nacional significó la defensa de las personas y derechos de los ciudadanos españoles». Una defensa individual y aislada resultaba insuficiente: era necesaria la defensa colectiva, que fue asumida por el Alzamiento Nacional para *defenderse* de las autoridades de la República, que eran, precisamente, las que habían sido elegidas democráticamente.

– «Las agresiones eran totalmente ilegítimas», afirma Tejerina en referencia a los ataques a los sentimientos religiosos y patrióticos que, a su juicio, se vivieron antes del levantamiento contra la República. En otras palabras, las *agresiones ilegítimas* provenían de los legisladores y del Gobierno de la República que actuaban conforme a la Constitución y las leyes.

– «Los medios empleados para repeler las agresiones y evitar otras, fueron los racionalmente necesarios». El autor complementa esta afirmación sosteniendo que «[…] *a)* La reacción defensiva con armas fue inevitable» ya que «[…] la severa matrona representativa de la Justicia se había convertido en una miserable ramera»; y «[…] *b)* Los medios empleados fueron los adecuados y proporcionados a las agresiones». Añade que «[…] en todas partes donde hubo magníficos españoles, estos estaban en condiciones de inferioridad material, poseían menos medios de lucha que los secuaces del Gobierno; luchaban en condiciones desventajosas, y ello justifica algún exceso en la defensa». Y trata diferenciadamente los abusos de uno y otro bando: «De aquí que al enjuiciar estos hechos y valorarlos a la luz de los principios penales, haya que declarar justificables unos y punibles los otros».

– «Hubo falta de provocación por parte de la España Nacional». Afirma que: «De buena fe no se puede negar que faltó *en absoluto* todo acto de provocación por parte de los españoles sometidos al régimen desaparecido». Y agrega: «Ni ellos mismos podrían razonar su actitud de intolerancia, ya que parten de los principios de igualdad, *libertad* y fraternidad (el triángulo)». «Fueron los malos españoles —extranjerizantes, antipatriotas, masones— los que a toda costa quisieron la lucha. Planteada esta, la defensa legítima justificó plenamente la reacción defensiva, dura y sangrienta de los primeros momentos».

– También hace referencia a la «justificación de posibles excesos de la defensa» y sostiene que se trata de meros «errores de cálculo». Así, «[…] los homicidios y daños producidos en los primeros momentos de la anteguerra deben merecer la atención del técnico para condenarlos o para justificarlos. Merecen justificación».

Advertimos que, para los hechos cometidos a partir del 18 de julio de 1936, no existió una ley de autoamnistía equivalente a la dictada por Franco el 23 de septiembre de 1939. No era necesaria. Cualquier proceso penal tramitado ante los renovados tribunales de justicia y dirigido contra los afines al régimen se resolvería con el sobreseimiento o la absolución. Pero era necesario un fundamento jurídico exonerante, que Sánchez Tejerina se empeñó en buscar desde su privilegiada tribuna académica. Sin embargo, sus argumentos a favor de una pretendida *legítima defensa colectiva* eran pobres, de contenido abiertamente ideológico y político, absolutamente parciales y contrarios a los principios básicos que han ilustrado e ilustran la ciencia del Derecho penal.

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura, también llamada «ley de Memoria Histórica», intentó tardía y tibiamente reparar los daños y la memoria de las innumerables víctimas de aquellos crímenes de Estado[28]. Entre sus aspectos positivos, cabe destacar que en la ley «[…] se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura» (art. 2.1). El texto legal añade que «[…] se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución» (art. 3.3)[29]. Como acertadamente afirma García Amado, con esta ley se procura culminar la Transición, renovando los fundamentos teóricos legitimadores del orden constitucional[30]. Sin embargo, y pese a este impulso normativo, muchos aspectos de esta tragedia histórica aún no han sido suficientemente reparados ni reconocidos por el Estado español[31].

3. ¿LA *POLÍTICA DE KRATOS*?

Han pasado muchos años desde los acontecimientos relatados en el apartado anterior, pero las situaciones descritas parecen repetirse cíclicamente, al menos cuando aparece un nuevo enemigo declarado, típicamente el terrorismo. El marco jurídico amparó en la posguerra española a los autores de una serie de crímenes que con seguridad actualmente serían calificados como delitos de genocidio, como un auténtico holocausto[32]. Sin embargo, ni en el plano nacional ni en el internacional se encontraron respuestas jurídicas para todos estos hechos. ¿Pasará lo mismo con los abusos que se cometen bajo el amparo de la *guerra* contra el terrorismo internacional? ¿Sabrá responder el Derecho?

Para dar respuestas a estas cuestiones volvemos a formular las mismas preguntas. ¿Puede el Estado asumir una legítima defensa colectiva frente al terrorismo que lo autorice a torturar o a matar? ¿El Estado puede matar a seres humanos sin una declaración oficial de guerra? ¿Es viable la utilización de conceptos como *guerra* contra el terrorismo para avalar asesinatos selectivos? Son preguntas complejas y angustiosas, que deben responderse con la cabeza fría y recordando que existen algunas reglas del Estado de Derecho que no admiten transgresiones ni excepciones.

La Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945) dedica su Capítulo VII a la «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión». En particular, el artículo 51 dispone: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado

las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales». Se consagra así un auténtico derecho a la legítima defensa colectiva que requiere una definición precisa, pues se trata de autorizar una agresión bélica a otro Estado[33] o de la neutralización física de uno o varios *presuntos* terroristas peligrosos, que normalmente no han sido juzgados. Considero que, en 1945, este precepto estaba claramente pensado para un ataque entre Estados, no para luchar contra otro tipo de organizaciones no estatales de naturaleza terrorista, como puede ser Al Qaeda. Sin embargo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la OTAN han reconocido la aplicabilidad de este derecho de legítima defensa colectiva tras los ataques perpetrados el 11 de septiembre de 2001, y algunos intérpretes han sostenido que la respuesta —incluso automatizada a través de la utilización de drones— puede desarrollarse en el extranjero y ejecutarse de forma preventiva, simplemente ante nuevas amenazas o ataques continuados[34].

Así, tras los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001 —y las no menos terribles guerras posteriores en Afganistán, Irak, Siria y otros múltiples escenarios bélicos— se ha reabierto el debate sobre la vigencia de los postulados de la legítima defensa del Estado para suprimir derechos fundamentales o incluso exterminar selectivamente a seres humanos, sean combatientes o civiles. Un primer problema práctico se ha presentado con los presuntos terroristas, que pasaron a ser combatidos por cualquier medio, legal o ilegal. Las actuaciones no respetuosas con los principios fundamentales de la justicia penal y del Derecho internacional de los derechos humanos se intentaban justificar con base en una dialéctica bélica de *guerra* contra el terrorismo. En este marco, se originó un debate sobre la admisibilidad de la tortura como método para obtener información de los detenidos, siempre que fuera útil para salvar vidas[35]. Paralelamente, en los Estados Unidos se negaba el acceso a la ley de *habeas corpus* a las personas detenidas en Guantánamo. La controversia llegó al Tribunal Supremo para dilucidar si el *habeas corpus* es un derecho que poseen solamente los *ciudadanos*, o también el resto de *personas*. El argumento favorable a la primera hipótesis era el siguiente: si se considera a los civiles como combatientes enemigos, pueden ser privados del derecho al *habeas corpus*. Distintos pronunciamientos propiciaron el inicio de una línea jurisprudencial tendente a reconocer el derecho de *habeas corpus* no solo a los ciudadanos, sino también a todas las personas por el mero hecho de tratarse de seres humanos[36]. En el ámbito europeo, la caracterización del terrorista como un enemigo sin derechos (una mera *fuente de peligro* equiparable a los animales salvajes o a las máquinas peligrosas) está muy viva en la obra de Günther Jakobs, autor que ha formulado la siguiente pregunta: «¿Puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho?». El autor responde en estos términos: «Un Derecho penal que *todo* lo abarque no podría conducir esta guerra; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos»[37].

Avanzando en esta problemática, debemos detenernos en los supuestos más polémicos. Por ejemplo, la autorización a la policía de la práctica de tirar a matar (*shoot-to-kill*), de la que podrían hacer uso los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado en una estrategia

de «legítima defensa antiterrorista» e incluso la posibilidad de planificar asesinatos selectivos. Se trata de la proclamada «guerra contra el terrorismo» (*war on terror*) encabezada por algunos países (Estados Unidos, Israel, etc.), que permitiría ampliar los criterios de actuación contra combatientes enemigos en tiempos de guerra que actúan fuera del contexto de un conflicto armado internacional[38]. Aunque no será objeto de este estudio, cabe hacer mención —por la gran preocupación que causa— a la invocación de la legítima defensa que se hace en los Estados Unidos en los casos de homicidio de varones negros desarmados cometidos por autoridades policiales basándose en el terrible estereotipo de acuerdo con el cual «all black males are criminals»[39].

Es indiscutible que existen situaciones en las el hecho de que tirar a matar encuentra cobertura jurídica y está avalado por el Derecho. Sin duda, está justificado matar a un combatiente enemigo en tiempo de guerra[40] si se cumplen las leyes de la guerra, pero también cuando exista una norma permisiva en el Derecho interno que habilite la legítima defensa de un tercero o el cumplimiento de un deber por parte de agentes de la autoridad. Para que se den estos últimos supuestos debe haber un conflicto, una situación de peligro inminente que autorice el uso de la violencia. También es cierto que las fuerzas de seguridad en ocasiones están obligadas a actuar, es decir, no existe simplemente una norma permisiva que exima de responsabilidad si se tira a matar, sino otro tipo de norma que obliga a hacerlo con base en un deber positivo de seguridad que exige al Estado proteger a sus ciudadanos (deber de protección)[41]. Lógicamente, este deber de protección tiene límites: el uso de armas se permite únicamente cuando exista un riesgo racionalmente grave para la vida de las personas, pero también «[…] en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave *riesgo para la seguridad ciudadana*», «[…] rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad» (art. 5.2. c. y d. de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). La interpretación del alcance de estos principios es básica para determinar el margen de discrecionalidad que tiene cada agente para recurrir o no al uso de armas de fuego[42]. La doctrina considera casi unánimemente que el deber de actuar con uso de la fuerza no requiere una agresión ilegítima —como en la legítima defensa de terceros—, sino la necesidad de proteger los intereses de particulares y la *amenaza a la seguridad ciudadana*. El concepto y los límites de la seguridad ciudadana, han sido objeto de caracterizaciones doctrinales de signo restrictivo y expansivo; se trata, por lo tanto, de un *concepto jurídico indeterminado* que proporciona, en definitiva, escasa seguridad jurídica[43]. Conforme al marco jurídico vigente en España, se sostiene que existe el *permiso* y *el deber* de tirar a matar por parte de los agentes de la autoridad si se dan circunstancias que suponen un peligro para la *seguridad ciudadana*, permiso y deber limitados por el criterio de proporcionalidad. Un disparo a matar no solo sería legítimo, sino también obligatorio para la autoridad en determinadas circunstancias de peligro —fundamentalmente, si se trata de un auténtico terrorista a punto de provocar un gravísimo atentado[44]—. Sin perjuicio de esta caracterización, persisten las dudas en caso de error sobre el sujeto sobre quien se actúa, los *daños colaterales* sobre terceros inocentes[45], los *escudos humanos*, los asesinatos selectivos[46], etc.

Aunque no dispongo del espacio necesario para analizar en profundidad todos estos casos, quiero detenerme brevemente en la autorización para derribar aviones secuestrados, supuesto contemplado en una norma cuya constitucionalidad fue analizada por la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006[47]. Adviértase que en este caso no hay, en sentido estricto, un error sobre el sujeto, en la medida en que se conoce que morirán viajeros inocentes. La cuestión es si la autorización legal para derribar este tipo de aeronaves, prevista en el art. 14.3 de la Ley de Seguridad de la Aviación (LuftSiG), de 11 de enero de 2005, es materialmente coherente con el resto del ordenamiento jurídico germano. La sentencia consideró inconstitucional y nulo el citado precepto, desautorizando que la aeronave pudiera llegar a ser derribada si viajaban en ella personas inocentes. El Tribunal argumentó seriamente en favor de la dignidad del ser humano y la imposibilidad de sacrificar una vida para salvar otras —circunstancia consustancial al estado de necesidad, tal como lo ha interpretado tradicionalmente la dogmática jurídico penal—. Como señala Rodríguez de Santiago, la sentencia subraya que, si se tratara exclusivamente de la vida de los secuestradores podría autorizarse a disparar, ya que no se instrumentalizaría a ningún ser humano inocente, sino que se trataría a los secuestradores como auténticos responsables de sus actos[48].

La legislación alemana declarada inconstitucional y nula pretendía situar la seguridad ciudadana por encima del valor de la vida de personas inocentes —viajeros y tripulación de la aeronave—. Sin embargo, la vida humana —por su carácter irreemplazable— es un interés jurídico extremadamente valioso y, al analizar dos intereses contrapuestos (seguridad ciudadana *vs.* vida de inocentes), se decidió con acierto que prevaleciera la vida, a diferencia de lo que probablemente habría hecho un Estado totalitario[49].

Otro caso muy significativo fue el de la muerte por disparos de Scotland Yard del electricista brasileño Jean Charles de Menezes, de 27 años, el 22 de julio de 2005, en la estación de metro Stockwell de Londres. Confundido con el terrorista Hussai Osman, Menezes recibió siete disparos en la cabeza y uno en el hombro —otros tres disparos no impactaron en su cuerpo— mientras permanecía sentado en un vagón del metro. Fue una auténtica ejecución de un inocente. La policía británica manifestó primero que el individuo *actuó sospechosamente* y *se negó* a obedecer instrucciones, reconociendo posteriormente que fue un «trágico error». Evidentemente, los errores fueron infinitos: en primer lugar, confundir a una persona brasileña con un asiático, confusión que podría haberse aclarado simplemente escuchando su pronunciación y su lenguaje; en segundo término, Menezes fue vigilado por un sofisticado grupo policial y, sin portar mochila o bolsos, se le consideró un terrorista suicida, dejándolo caminar tranquilamente 1000 metros desde el autobús hasta el metro, coger la copia gratuita de un periódico digital, bajar las escaleras del metro, echar a correr para no perder un tren que entra en la estación… Y, ya en el vagón se le rodeó, se le acorraló y se le ejecutó sin contemplaciones[50]. Adviértase que el *trágico error* se parece mucho a los *errores de cálculo* a los que hacía referencia Sánchez Tejerina para justificar los crímenes del primer franquismo en legítima defensa del Estado.

Tras un controvertido proceso, no se persiguió penalmente a los agentes, sino que se indemnizó a la familia en aplicación de la Ley de Salud e Higiene en el trabajo británica

de 1974. Vaughan-Williams afirma que no se trató de un simple error policial, sino de una nueva forma de actuación, una estrategia de política antiterrorista implacable para la defensa de las fronteras espaciales y temporales. El discurso oficial, la teoría del error policial, se enuncia y defiende para encubrir y justificar una genuina estrategia antiterrorista de defensa del Estado[51]. Se presenta como una «guerra mundial contra el terror» y se desarrollan políticas y prácticas que pretenden ser legitimadas en nombre de esa guerra.

Se aprecia una autorización a la policía de tirar a matar (*shoot-to-kill*), por lo que parece necesario el manejo de nuevos conceptos, que coinciden con el de *crisis autoinmune* propuesto por Jacques Derrida, cuyo inicio podría fecharse en los atentados del 11 de septiembre de 2001[52]. Desde esta perspectiva, algunos Estados democráticos adoptan las mismas prácticas que las fuerzas de las que se tratan de defender, generando un círculo vicioso de represión. El filósofo francés considera que la democracia se ha convertido en *Kratos* (dios de la fuerza, del vigor) y ha asumido el poder de decidir, de prevalecer[53]. Así, habla de un modelo de «Estado canalla» que abusa de su poder y de la fuerza de su soberanía. Esas *democracias* —actuando autónomamente o a través de organismos internacionales como el Consejo de Seguridad de la ONU— optan por la razón del más fuerte, se vuelcan más en la fuerza (*Kratos*) que en el pueblo (*demos*)[54].

En este contexto, en materia antiterrorista ya empieza a hablarse de una *política de Kratos*. Así, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 se asumió una estrategia ya aplicada por las fuerzas de seguridad de Israel en virtud de la cual ante la *sospecha* de tratarse de un terrorista suicida portador de una bomba y ante una hipotética situación de peligro para la vida se dispara directamente a matar. Esta política es la que ha adoptado en el Reino Unido el MI5 sin previo debate formal al respecto en el Parlamento británico. Efectivamente, es la estrategia aplicada en el caso Menezes, aunque paradójicamente la autorización de «disparar a matar para proteger» terminó matando a un ciudadano anónimo al que, precisamente, se debía proteger[55].

Una *política de Kratos* se aplica desde hace décadas en el Estado de Israel, concretamente a través del trato diferenciado a israelíes y palestinos y las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad que quedan impunes[56]. La estrategia de asesinatos dirigidos (*targeted killings*) se materializa a través de la ejecución selectiva de líderes terroristas contando con la información de los servicios de inteligencia. Se trata de una estrategia que se ha universalizado y que es aplicada ya por distintos países que asesinan selectivamente con la ayuda de drones y recurriendo a las últimas tecnologías bélicas, acciones que no impiden los *daños colaterales* ejemplificados en la muerte de no combatientes, transeúntes, menores de edad y casos de identidad errónea[57]. También la Autoridad Palestina ejecuta extrajudicialmente a los palestinos que colaboran con Israel[58]. El Tribunal Supremo de Israel elaboró una jurisprudencia que establece una serie de requisitos para que un asesinato dirigido pueda estar justificado. Sin embargo, estas condiciones no suelen cumplirse y no existen consecuencias jurídicas negativas para los responsables[59].

¿Está renaciendo el concepto de legítima defensa del Estado? Silva Sánchez considera que recurrir a la tradicional legítima defensa en estos supuestos conduciría a una completa desnaturalización de esta causa de justificación[60]. Y efectivamente es así. En primer lugar,

porque la agresión que realiza el sujeto ni es actual ni es inminente, lo que conduciría a aceptar la neutralización preventiva de agresiones futuras y potenciales —hipotéticas y dudosas— que tal vez han podido —o no— llegar al nivel de un acto preparatorio del delito, autorizando algo tan grave como el exterminio del sujeto, la pérdida de su vida. A este argumento se suman otra serie de objeciones de no menor importancia, como la frecuente indeterminación de los sujetos que serán víctimas del ataque, los *daños colaterales*, los errores en el proceso de selección, etc.[61]. Sin embargo, el propio Silva Sánchez deja abierta la puerta para admitir la legítima defensa del Estado en el caso de los integrantes de un grupo terrorista. Considera este autor que «[…] la integración del individuo determinado en el grupo terrorista —e incluso la existencia del grupo en sí mismo— constituye una agresión permanente para el modo de vida de una determinada sociedad»[62], con independencia del momento en el que el individuo o el grupo realicen actos criminales. A mi juicio la adopción de un criterio como la agresión permanente a la sociedad para justificar una pretendida legítima defensa colectiva del Estado puede abrir la caja de los truenos, al permitir el exterminio selectivo de todos aquellos que se supone que atentan contra lo que el poder político defina como el *modo de vida* de una sociedad. Aparecerán entonces muchos más enemigos que los terroristas: los miembros del crimen organizado, los narcotraficantes, y, ¿por qué no?… los pederastas y otros delincuentes sexuales, los maltratadores de mujeres, los conductores alcoholizados y los atropelladores de ciclistas. Son frecuentes las soflamas parlamentarias contra estos y otros colectivos delincuenciales. Como es lógico, si han cometido el hecho delictivo, estos sujetos pueden y deben ser enjuiciados y condenados al cumplimiento de una pena, pero no al exterminio. En este último caso, solo haría falta dirigir contra ellos de manera oficial la política de *Kratos*.

Volviendo a la estrategia antiterrorista, la aplicación *stricto sensu* de una política de *Kratos* se beneficia del uso las nuevas tecnologías, que permiten la ejecución de homicidios selectivos sin riesgo alguno para su ejecutor, contando con la ayuda de drones[63]. Aparecen, así, los sistemas de armas autónomas letales (Lethal Autonomous Weapons o LAWS). En ocasiones, la utilización de estas tecnologías conduce a un error en la selección o a *daños colaterales*, que desde la perspectiva jurídico penal deben llevar a la tarea de dilucidar la responsabilidad de los operadores de las máquinas[64] o de los creadores de los algoritmos que identifican a los terroristas y de quienes dan las órdenes oportunas. Otras veces, sin embargo, la solución para dilucidar la responsabilidad penal no es tan sencilla, en la medida en que la identificación del objetivo queda en manos de una máquina y escapa al control humano[65]. Se ha abierto un debate acerca de la posibilidad de exigir responsabilidades penales directas a entes no humanos dotados de inteligencia artificial (IA), en consonancia con la actualmente vigente responsabilidad penal de las personas jurídicas[66]. Estaríamos, de ser así, ante un modelo de delito completamente normativizado y fantasioso que no debería servir de excusa para que, a través de la sanción penal a la máquina, se intente exonerar de responsabilidad punitiva al ser humano que la gestiona.

¿Está realmente vigente la *política de Kratos* en nuestro medio? Por motivos bastante obvios, desconocemos los *criterios materiales* que maneja actualmente en España el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Sin embargo, creo

que en nuestro contexto aún podemos tener confianza en la vigencia del Estado de Derecho y en el respeto de sus principios más elementales[67].

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

El recurso al miedo o a «gobernar atemorizando» ha sido históricamente el emblema de la monarquía absoluta, una táctica de gobierno en su momento muy exitosa[68] que culminó trágicamente con la Revolución francesa y posteriormente con la Revolución rusa. Algo similar ocurrió durante el primer franquismo. Parece que en nuestros días se practica nuevamente una estrategia similar aunque parcializada que genera un círculo vicioso en la represión del terrorismo e incluso en la persecución de algunos sectores poblacionales muy específicos como los varones negros desarmados en los Estados Unidos. La muerte de Jean Charles Menezes demuestra que no hubo un trágico error, sino que la acción policial fue fruto de la activación de la *política de Kratos*, que ampara dudosos asesinatos que persiguen eliminar amenazas para la seguridad en el contexto de un permanente estado de excepción y de una guerra mundial contra el terror[69].

Ni la *legítima defensa del Estado* ni la *política de Kratos* son admisibles en un genuino Estado de Derecho. Aun asumiendo que el Estado debe permitir y obligar a matar en situaciones muy excepcionales, siempre debe prevalecer la utilización de medios no letales, la completa exclusión de daños colaterales y una formación que excluya cualquier tipo de abuso, exceso o error de las fuerzas y cuerpos de seguridad, dado que lo que está en juego es juego la dignidad y la vida de seres humanos.

NOTAS

1. Cfr. Ferré Olivé (2016: 433 ss.).

2. Cfr. Claret Miranda (2006). Sobre esta temática, ampliamente, Ferré Olivé (2010: 42 ss.)

3. Sobre los fusilamientos de rectores y otros docentes universitarios, cfr. Ferré Olivé (2010: 63).

4. *Ibídem*: 43.

5. Sobre la figura y papel de José María Pemán en el movimiento represivo, cfr. Navarro Cardoso (2016: 391 ss.).

6. Cfr. Blasco Gil y Mancebo (2008/2009: 174).

7. Cfr. Guallart y López de Goicoechea (1940: 203 ss.).

8. Cfr. Mirat Hernández (2016: 309 ss.).

9. Cfr. Mirat Hernández (2016: 290 ss.); Ferré Olivé (2016: 433 ss.).

10. Cfr. Fichte ([1807] 2002). Sobre las reflexiones del filósofo Eugenio Imaz a esas ideas religioso-patrióticas de Fichte, *vid.* Sánchez Cuervo (2009: 204 ss.). Como recuerda Llobet Rodríguez (2015: 280 ss.), Hitler tenía preferencia por soluciones policiales y despreciaba a los juristas. Sin embargo, un buen

número de juristas como Georg Dahm, Friedrich Schaffstein, Roland Freiser, Erick Wolf, Edmund Mezger y Hans Welzel, entre otros, encabezaron de una u otra forma el Derecho penal nazi. Sobre el papel de Edmund Mezger, es fundamental el estudio de Muñoz Conde ([4]2002).

11. La lucha de la Iglesia contra el modelo laico promovido por la Segunda República y su total afinidad posterior con el franquismo puede verse en Portilla Contreras (2012: 193 ss.).

12. Añade la Orden de Serrano Súñer que: «En los folios de ese sumario político-penal se recogerán las pruebas auténticas del gran fraude parlamentario del frente popular: la falsificación del sufragio en daño de la contrarrevolución y en provecho de las fuerzas marxistas en grado tal, que subvirtió el resultado de la contienda electoral; el desvergonzado asalto a los puestos de mando, perpetrado por quienes con el derecho y la libertad no hubieran llegado a conseguirlos; el sinnúmero de delitos, desafueros y tropelías realizados o amparados por un Gobierno que tan audaz e ilegítimamente cabalgaba sobre el país, y, en fin, el escandaloso crimen de Estado, en que culminó tanta vileza, con el asesinato del Jefe de la oposición; Sr. Calvo Sotelo, ordenado y planeado desde los despachos de un Ministerio, y que sirvió de ejemplo a las turbas, en cuyas garras criminales han caído brutalmente sacrificados en las cárceles, en las checas y los caminos de la España roja más de cuatrocientos mil hermanos nuestros».

13. Cfr. Martín Pallín (2008: 24, n. 6).

14. Disponible en: <www.generalisimofranco.com/Discursos/mensajes/00024.htm>. [Consulta: 18/08/2919.]

15. Cfr. Álvaro Dueñas (1999: 147 ss.).

16. Estos tribunales decidían la pérdida absoluta de derechos y bienes de todos quienes se consideraban opuestos al Movimiento Nacional, fundamentalmente partidos y agrupaciones integrados en el Frente Popular, sus cargos, candidatos, interventores, sindicatos, etc. Los bienes pasaron al Estado. Cfr. Martín Pallín (2008: 39). Mucho más ampliamente, con relación al funcionamiento de estos tribunales, puede verse Álvaro Dueñas (2006).

17. Cfr. Suñer Ordóñez (1937: 195 ss.).

18. *Ibídem*: 13 ss.

19. *Ibídem*: 94.

20. *Ibídem*: 200.

21. La cátedra de Derecho penal de la Universidad de Salamanca se caracterizó antes y después de Sánchez Tejerina por estar a cargo de grandes maestros (Dorado Montero, Antón Óneca, entre otros). Como recuerda Berdugo Gómez de la Torre (2018: 50 ss.), todos ellos se distinguían por un modo de entender el Derecho penal ajustado a una serie de principios que «[…] hoy exteriorizan una sociedad laica en la que se produce una separación entre Derecho penal y Moral y que está condicionada por el desarrollo normativo de los derechos humanos».

22. Uno de los motivos por los que se producía el ataque de Sánchez Tejerina a Luis Jiménez de Asúa era su pertenencia a la masonería. Ruiz Funes indica que Tejerina consideraba a la masonería como una asociación de delincuentes. Entiende este autor que el Tribunal de represión de la Masonería y el Comunismo presidido por el propio Sánchez Tejerina perseguía la destrucción intencional de un grupo humano, lo que encajaba dentro de la Convención que consagra al genocidio como crimen internacional. Quedó, en todo caso, impune. *Vid.* Ruiz Funes (2006: 247 ss.). Cfr. también López Sevilla (1950: 197 ss.).

23. Así lo califica Mariano Ruiz Funes (2006: 247 ss.).

24. Cfr. Sánchez Tejerina (1937: 340). Cfr. más ampliamente Ferré Olivé (2010: 25 ss.).

25. Destaca Callejo Hernández (2011: 47 y 59 ss.) la influencia directa del Padre Montes en Sánchez Tejerina y también su defensa de la religión como prevención del delito.

26. Cfr. Portilla Contreras (2009: 27 ss.).

27. Cfr. Sánchez Tejerina (1940: 7 ss.).

28. Entre los múltiples estudios dedicados a la ley, destaca el volumen a cargo de Martín Pallín y Escudero Alday (2008). En él se encuentra, entre otros, el artículo de Sauca Cano, que recalca la aparición de un nuevo derecho individual a la memoria histórica personal y familiar de cada ciudadano.

29. Como destaca Escudero Alday (2008: 209 ss.), uno de los problemas más complejos que se presentó en la gestación de esa ley fue justamente el tratamiento jurídico que debía darse a las sentencias condenatorias franquistas. Para apreciar la situación de la justicia durante el primer franquismo, cfr. Lanero Táboas (1996: 149 ss.).

30. Cfr. García Amado (2008: 62).

31. Sobre estos temas pendientes, cfr. Martín Pallín (2008: 43 ss.).

32. *Ibídem*: 23 ss.

33. Sobre el desprecio de algunos Estados hacia las medidas propuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para mantener la paz y la seguridad internacionales puede verse ampliamente Chomsky (2002: 23 ss.). Según el autor, los *Estados canallas* «[…] actúan mediante la fuerza y en defensa de su *interés nacional* en los términos definidos por el poder interno y, lo que resulta más inquietante, que se nombran a sí mismos jueces y ejecutores globales» (*Ibídem*: 31). También se considera *Estados canallas* a aquellos que son calificados como terroristas o cómplices del terrorismo. Cfr. Soriano González (2016: 431).

34. Cfr. Paust (2015: 172 ss.).

35. Cfr. Ambos (2009: 19 ss.). Este autor considera que los autores de estas torturas podrían llegar a invocar la ausencia de culpabilidad, por una coacción extrema que excuse su responsabilidad.

36. Cfr. Fletcher (2005: 62 ss.).

37. Cfr. Jakobs ([2]2006: 83).

38. Cfr. Silva Sánchez (2017: 8 ss.).

39. Cfr. Moore, Robinson, Clayton, Adedoyin, Boamah, Kyere y Harmon (2018: 33 ss.), quienes destacan que los negros estadounidenses son aún estereotipados, estigmatizados, deshumanizados, y culpados de muchos de los males sociales.

40. Cfr. Silva Sánchez (2017: 3 ss.).

41. Cfr. Coca Vila (2017: 7 ss.).

42. *Ibídem*: 10 ss.

43. *Ibídem*: 14 ss.

44. *Ibídem*: 36.

45. Cfr. Silva Sánchez (2017: 5 ss.), quien recuerda que los civiles no pueden ser atacados directamente, salvo que tomen parte directa en las hostilidades.

46. Coca Vila (2017: 28) rechaza que en el sistema jurídico español se admitan los asesinatos selectivos, siendo obligatoria la detención del sujeto antes de optar por su extermino.

47. Disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html.>.

48. Cfr. Rodríguez de Santiago (2006: 267 ss.). Cfr. también Silva Sánchez (2017: 15); Roxin (2011) y Busato (2016: 68 ss.). *Vid.* también la obra colectiva coordinada por Escudero Alday (ed.) (2015).

49. Cfr. Ferré Olivé, Núñez Paz y Ramírez Barbosa (2010: 380 ss.).

50. Cfr. Vaughan-Williams (2007: 179 ss.).

51. *Ibídem*: 178 ss.

52. Cfr. Derrida (2004). Cfr. también Vaughan-Williams (2007: 183 ss.). En su análisis del texto de Walter Benjamin *Zur Kritik der Gewalt* (de 1921), Derrida analiza dos violencias del Derecho: la que lo instituye y la que lo mantiene, considerando que la violencia de conservación va implícita en la primera. El Estado tendría terror a una violencia que transforme las relaciones de Derecho, que pueda llegar a fundar o generar un nuevo derecho. Así en Derrida (1992: 163 ss.).

53. Cfr. Derrida (2005*a*: 13)

54. Cfr. Derrida (2005*b*: 126 ss.).

55. Cfr. Vaughan-Williams (2007: 185 ss.).

56. Cfr. Schaeffer Omer-Man (2017: 118 ss.).

57. *Ibídem*: 123 ss.

58. *Ibídem*: 125 ss.

59. Schaeffer Omer-Man (*Ibídem*: 124 ss.) nos recuerda esas condiciones: verificación de la identidad del objetivo, no matar si existen medios menos lesivos, si existen daños colaterales civiles deben ser proporcionales. Y tras cada hecho debe realizarse una investigación exhaustiva e independiente que identifique el objetivo y las circunstancias del ataque.

60. Cfr. Silva Sánchez (2017: 11 ss.).

61. *Ibídem*: 12. Estos criterios pueden desdibujarse en situaciones de conflicto armado (da igual la muerte de un militar u otro, ambos son objetivos bélicos), pero no en tiempos de paz.

62. *Ibídem*: 13. Subrayado en el original.

63. Cfr. Paust (2005: 167 ss.).

64. Cfr. Silva Sánchez (2017: 14).

65. Sobre los problemas jurídicos específicos que genera la utilización de la robótica para los fines mencionados, puede verse el interesante artículo de Quintero Olivares (2017: 4 ss.).

66. Sobre esta temática, cfr. De la Cuesta Aguado (2016: 167 ss.).

67. No se puede ignorar que en los años 80 se financiaron desde el Estado los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), lo que supuso una réplica al terrorismo utilizando sus propias armas (terrorismo de Estado). España posee, por lo tanto, su propio y reciente precedente de una política de *Kratos* que, una vez conocida en todos sus extremos, ha recibido un amplio rechazo judicial, político y social. Todo ello hace inimaginable su retorno.

68. Cfr. Tomás y Valiente (1969: *passim*).

69. Cfr. Vaughan-Williams (2007: 187).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVARO DUEÑAS, A. (1999): «El decoro de nuestro aire de familia» Perfil político e ideológico de los presidentes del tribunal nacional de responsabilidades políticas», en Revista de Estudios Políticos nº 105.

— (2006): «Por Ministerio de la Ley y voluntad del Caudillo», Madrid.

AMBOS, K. (2009): «¿Puede un Estado torturar sospechosos para salvar la vida de inocentes?» en «Terrorismo, tortura y Derecho Penal», Barcelona.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018): «Reflexiones penales desde Salamanca. *Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*», Lección Inaugural del curso académico 2018/2019 de la Universidad de Salamanca, Salamanca.

BLASCO GIL, Y. y MANCEBO, M. F. (2008/2009): «Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Pedro Urbano González de la Calle. Profesores Exiliados y provisión de sus cátedras». *Cuestiones Pedagógicas*, 19.

BUSATO, P. C. (2016): «Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados», *Revista Penal*, 38.

CALLEJO HERNÁNDEZ, G. (2011): «Jaime Balmes, Jerónimo Montes e Isaías Sánchez Tejerina. La continuidad de una propuesta de derecho penal integrista y esencialista en España», *Revista de derecho y proceso penal*, 26.

CHOMSKY, N. (2002): «Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales», Buenos Aires.

CLARET MIRANDA, J. (2006): *El atroz desmoche. La destrucción de la universidad española por el franquismo*, Barcelona.

COCA VILA, Ivó (2017): «Tirar a matar en el cumplimiento de un deber», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-24.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (2016): «La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en Inteligencia Artificial», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 44.

DERRIDA, J. (1992): «Fuerza de la ley: el "Fundamento místico de la autoridad"». Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Nº 11.

— (2004): *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, (G. Borradori, ed.) Buenos Aires: Taurus.

— (2005*a*): *Rogues. Two Essays on Reason*, Stanford, California,

— (2005*b*): *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, Madrid: Trotta.

ESCUDERO ALDAY, A. (2008): «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de las sentencias», en AAVV, *Derecho y memoria histórica*, Madrid.

— (ed.) (2011): Diccionario de la memoria histórica, Madrid, 2011.

ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (eds.) (2013): *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid: Trotta.

— (ed.) (2015): *Aviones usados como bombas. Problemas políticos y constitucionales en la lucha contra el terrorismo*, Madrid.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2010): «Universidad y Guerra Civil», *Revista Penal*, 25.

— (2016): «El Derecho penal de la Posguerra y la figura de don Luis Jiménez de Asúa», en AAVV, *El Derecho penal de la posguerra*, Valencia.
— (2018): «La corrupción en la Segunda República y el Primer Franquismo», en AAVV, *La corrupción política en la España contemporánea*, Barcelona.
FLETCHER, G. P. (2005): «¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros en Guantánamo», *Revista Penal*, 16.
GARCÍA AMADO, J. A. (2008): «Usos de la historia y legitimidad constitucional», en AAVV, *Derecho y memoria histórica*, Madrid.
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J. (1940): «La Escuela de Criminología», en *Una poderosa fuerza secreta. La Institución Libre de Enseñanza*, San Sebastián.
JAKOBS, G. ([2]2006): «¿Terroristas como personas en Derecho?», en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid.
LANERO TÁBOAS, M. (1996): *Una milicia de la Justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid.
LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2015): *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Costa Rica.
LÓPEZ SEVILLA, E. (1950): *Revelación y razón*, México.
MARTÍN PALLÍN, J. A. (2008): *La ley que rompió el silencio*, en AAVV, «Derecho y memoria histórica», Madrid.
MIRAT HERNÁNDEZ, P. (2016): «Los valedores del Nuevo Estado. D. Juan del Rosal Fernández», en AAVV, «El derecho penal de la posguerra». Valencia.
MuÑOZ CONDE, F. ([4]2003): *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia.
MOORE, S. E. / ROBINSON, M. / CLAYTON, M. A. / ADEDOYIN, Ch. / BOAMAH, D. / KYERE, E. y HARMON, D.(2018): «A Critical Race Perspective of Police Shooting of Unharmed Black Males in the United States: Implications for Social Work», *Urban Social Work*, 2 (1).
NAVARRO CARDOSO, F. (2016): «Vallejo Nájera, "los niños perdidos del franquismo" y los crímenes contra la humanidad», en AAVV, *El Derecho penal de la posguerra*, Valencia.
— (2016): «José María Pemán y Pemartín: poeta y represor», en AAVV, *El Derecho penal de la posguerra*, Valencia.
PAUST, J. J. (2015): «Operationalizing use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense», *Albany Government Law Review*, 8.
PORTILLA CONTRERAS, G. (2009): *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*, Granada.
— (2012): «Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo», *Revista Penal*, 3.
QUINTERO OLIVARES, G. (2017): «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1.
RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2006): «Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77.
ROXIN, C. (2011): «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6.
RUIZ FUNES, M. (2006): «Un caso de genocidio», en Peris Riera (ed.), *El pensamiento criminológico en la obra de Mariano Ruiz-Funes García*, Murcia.
SÁNCHEZ CUERVO, A. (2009): «El legado filosófico-político del exilio español del 39», *Isegoría*, 41.
SÁNCHEZ TEJERINA, I. (1937): *Derecho Penal Español*, Salamanca.
— (1940): «Oración Inaugural del curso 1940 a 1941 en la Universidad de Salamanca». Salamanca.
SAUCA CANO, J. M. (2008): «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en AAVV, *Derecho y memoria histórica*, Madrid.

SCHAEFFER OMER-MAN, E. (1017): «Extrajudicial killing with near Impunity: excessive force by Israeli Law enforcement against Palestinians», *Boston University International Law Journal*, 35:115.
SILVA SÁNCHEZ, J. (2017): «Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo», *InDret*, 1.
SORIANO GONZÁLEZ, M. L. (2016): «La estrategia de seguridad nacional de George Bush y Barack Obama. Seguridad versus Derechos Humanos», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 11.
Súñer ORDOÑEZ, E. (1937): *Los intelectuales y la tragedia española*, Burgos: Editorial Española.
VAUGHAN-WILLIAMS, N. (2007): «The Shooting of Jean Charles de Menezes: New Border Politics?», *Alternatives* 32.

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2019.
Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2019.

TEMAS DE HOY

Laudatio del prof. Tomás Vives Antón

Manuel Jiménez Redondo

LAUDATIO DEL PROF. TOMÁS VIVES ANTÓN

Manuel Jiménez Redondo
Universidad de Valencia
1 de octubre de 2019

Muy Honorable Sr. presidente de la Generalitat Valenciana, Sra. rectora magnífica de la Universitat de València, distinguidas autoridades, esposa y familiares del profesor Tomás Vives, estimados colegas, señoras y señores:

I

Es para mí un honor que, siendo profesor emérito de Filosofía, se me haya invitado a pronunciar en este acto la *laudatio* del jurista y profesor de Derecho Tomas Vives.

Tomas Vives ha sido, entre otras cosas, fiscal de la Audiencia de Valencia, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, vocal del Consejo General del Poder Judicial, magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional, y profesor emérito de la Universidad de Valencia.

Colega y amigo desde principios de los años ochenta, Tomás Vives ha sido también uno de los principales referentes de un grupo de juristas, profesores universitarios y miembros de la judicatura o de otras profesiones relacionadas con el Derecho particularmente activo y productivo. Sus componentes han estado implicados en todo o casi todo lo que en este país ha tenido que ver con el Derecho penal y procesal penal. En sus seminarios, conferencias, jornadas, congresos, reuniones, publicaciones y revistas se me ha permitido opinar, escribir y aprender en todo momento —pero también disparatar como profesor de filosofía no habituado al rigor específico de la hermenéutica jurídica del Derecho penal—. Uno repara enseguida en que, se quiera o no, en esta tarea exegética queda en vilo la propia responsabilidad de quien la ejercita, ya que de lo que en ella se trata y en ella está en cuestión —en todos los procesos y, dramáticamente, en los importantes— es el derecho de libertad, cuya vulneración defiende la pena en el caso del sujeto pasivo del delito y restringe en el caso del condenado por la comisión del ilícito penal. Esta restricción del derecho incondicional de libertad en defensa del derecho incondicional de libertad comporta una peculiar dificultad, incluso personal, para un ejercicio intelectual y profesional en el que, de inmediato, queda en evidencia el temple, la sabiduría, la capacidad intelectual y profesional, ese saber hacer, proceder y razonar que los juristas romanos calificaban de *elegans*, en el que, por encima de las relaciones de influencia y poder, radica la autoridad que un jurista ejerce en su medio.

En este oficio he percibido que, en su faceta de profesor de Derecho y en el ejercicio de su indudable autoridad, al profesor Vives siempre le ha gustado introducir un momento de desafío, que le ha complacido suscitar la protesta conceptual del entorno mediante la introducción de una hipótesis novedosa, de una articulación conceptual distinta a la hora de enfocar las cosas, a la espera de que ese entorno intelectual replique para reconducir las cosas a su cauce, pero que las reconduzca tocado y en cierto modo desafiado por esa novedad, y, por tanto, en una vaguada que ya no será nunca propiamente aquella por la que discurría el objeto de discusión. Es así como el profesor Vives, sin hacerse notar mucho, acaba cambiándolo todo. La introducción de novedades o, más bien, esa forma de introducir perspectivas conceptuales nuevas por vía socrática ha sido una constante en su labor intelectual.

Vives ha estado siempre al día en toda la producción jurisprudencial, iusteórica, iusfilosófica y, en general, filosófica, que constante e incisivamente ha ido dejando caer en su medio. Pero ese estar al día ha consistido siempre en aumentar y ensanchar críticamente su propio caudal, y es de ese caudal del que se ha nutrido en su quehacer intelectual. No he visto nunca al profesor Vives, nunca, correr tras una moda intelectual ni dejarse arrastrar por esta u otra novedad; siempre ha tomado nota de ellas para jugarlas detenidamente y a fondo.

II

La tarea teórica del profesor Vives se inició en los años ochenta con la publicación de sus libros sobre las partes general y especial del Derecho penal escritos en colaboración con el profesor Cobo del Rosal, manuales de referencia en la universidad española. A ellos siguió, en la segunda mitad de los años noventa, un libro que, se diría, representa un giro en la manera en que Vives abordaba la dogmática del Derecho penal, pero que, a mi juicio, no es tal, sino que constituye más bien un ajuste de cuentas con las tradiciones vigentes de la dogmática del Derecho penal en España y también en Europa, un ajuste de cuentas con esas tradiciones desde lo que el profesor Vives pensaba ya siempre sobre esa dogmática. El libro es, si acaso, una ruptura con lo que un profesor que tiene que explicar Derecho penal considera que es la forma habitual, canónica, de explicarlo, y ya el hecho de conmoverla implica la introducción de otro canon. Ese volumen lleva por título *Fundamentos de sistema penal*; en la segunda edición, de 2011, Vives añadió al título un subtítulo que refleja muy bien lo que pretendía: *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales.*

La idea básica de este libro se fue gestando desde fines de los años ochenta y me parece que en esa gestación desempeñó un papel no decisivo —pues el profesor Vives rumiaba esa idea desde hacía mucho tiempo—, pero sí importante, su asistencia al seminario de filosofía del Derecho organizado y dirigido por Jürgen Habermas en Frankfurt, encuentro académico en el que coincidimos. Por ese seminario pasaron figuras de la teoría alemana del Derecho. Por ejemplo, Robert Alexy, que tuvo ocasión de exponer el contenido de su li-

bro sobre los criterios y principios jurisprudenciales relativos a los derechos fundamentales que, como se sabe, ha tenido una amplia difusión en España. En ese seminario tuve mucho tiempo para conversar, discutir y aprender con el profesor Tomás Vives sobre asuntos de Derecho, de filosofía del Derecho y de teoría del Derecho.

Los profesores asistentes al seminario de Habermas habían montado en la Facultad de Filosofía, situada a pocos metros de tres bibliotecas —la biblioteca de la Facultad de Derecho, (de la Biblioteca de la Universidad), la de la Ciudad de Frankfurt y la de la Biblioteca Alemana—, unos estantes con los principales textos de filosofía y teoría del Derecho de los juristas alemanes y anglosajones —y de algunos franceses e italianos— de los siglos XIX y XX. En el propio seminario de Habermas, estos autores eran conocidos, pero no muy a fondo, a través de antologías de los años sesenta y setenta (por ejemplo, la de Werner Maihofer) que compilaban textos de Trendelenburg, Savigny, Puchta, Winscheid, Kelsen, Jehring, Jellinek, Stammler, Radbruch y otros. Comentando los libros y textos de esa sección pude percibir el conocimiento que el profesor Vives tenía de todos aquellos autores y de muchos otros: Austin, Holmes, Hart, los institucionalistas franceses, los teóricos del Derecho de Weimar, los constitucionalistas alemanes del siglo XX en general, los autores de las grandes monografías anglosajonas que tienen por objeto la Constitución americana y las enmiendas a la misma introducidas en 1791, la Escuela de Salamanca, los juristas del siglo XVII y XVIII, etcétera, un conocimiento mucho más ágil y profundo que el que había en el seminario de Habermas, en el que, por lo general, sus participantes andaban demasiado pendientes de las tesis del filósofo de Frankfurt sin tomar la distancia necesaria para analizar su pertinencia y plausibilidad.

Desde el principio, es decir, años antes de que en 1992 se publicara el libro de Habermas, *Facticidad y validez*, Tomás Vives fue muy crítico con las posiciones de Habermas. A juicio de Vives, el concepto de «acción comunicativa» no bastaba para cimentar la teoría de los derechos constitucionales —los derechos de libertad, los derechos de pertenencia a la comunidad jurídica, los derechos de participación política, los derechos sociales y los derechos medioambientales— que Habermas pretendía desarrollar. El profesor Vives prefería partir de la idea más básica y elemental de la «acción significativa» de Wittgenstein —de la que también bebía la idea de acción comunicativa de Habermas—, es decir, de la acción humana concebida como algo susceptible de ser entendido e interpretado, para desarrollar no propiamente una *teoría*, sino algo menos que una *teoría* de los derechos constitucionales.

Vives tenía especialmente clara una cosa: las dogmáticas vigentes del Derecho penal, pese a todos sus méritos, que eran muchos, se ponían en evidencia al no ubicar en el centro de su construcción el derecho de libertad, del que, tal y como está reconocido en las constituciones demoliberales, derivan los demás derechos. Un derecho cuya vulneración protege y defiende el Derecho penal, pero solo como una parte de ese orden constitucional, articulada con las demás partes sobre la base del mismo principio. Las dogmáticas existentes, objetaba Vives, estaban lejos de responder a esta elemental exigencia constructiva o, al menos, de evidenciarla.

III

Recuerdo que una tarde, en una visita a aquella sección de libros de teoría del Derecho, Tomás cogió un libro que, como tantos otros, conocía como si fuera la cosa más natural del mundo. Yo apenas había oído el nombre de su autor en el seminario. Era Gustav Radbruch, profesor de Derecho penal y filosofía del Derecho y socialdemócrata alemán. El libro, de 1932, se titulaba *Filosofía del Derecho*. Radbruch murió en 1949 y el editor de la octava edición del libro (1973) añadió al final del volumen un brevísimo texto del autor, originariamente publicado en 1945 en un periódico, un escrito que reflejaba la necesidad y la voluntad de instaurar un orden político y jurídico democrático liberal después de la experiencia de la dictadura y de la guerra —un texto escrito, por tanto, en un contexto análogo al escenario de la España de los años setenta—. El artículo, de apenas página y media, se titula «Cinco minutos de filosofía del Derecho». Tomás Vives me lo leyó y lo comentó conmigo para ilustrarme sobre su carácter instructivo en varios sentidos —también en sentido negativo—. Allí, en nuestra discusión sobre el texto de Radbruch, vi claramente por dónde iba y quería ir el jurista y profesor Tomás Vives. Quisiera destacar tres aspectos de aquel intercambio de ideas.

Primero. En el primero de los cinco minutos de filosofía del Derecho se lee: «La ley es la ley, dice el jurista. Desde hace cien años que murieron los últimos representantes del Derecho natural clásico y del Derecho natural racional los juristas no parecen conocer excepción a la validez del principio de que *la ley es la ley* ni tampoco excepción a la obediencia de los súbditos. Esta concepción de la ley, que es la que llamamos *positivismo jurídico*, dejó a los juristas inermes ante la barbarie cuando esta se daba forma y contenido mediante leyes». Pero esto no fue así sin más, y la acusación, además, no era justa. Cuando el orden democrático liberal se vino abajo en Europa con la crisis de 1929 y todos los autores, casi sin excepción, pensaban, con Nietzsche, que lo mejor es empujar a lo que se viene abajo, la única defensa seria de ese orden fue un libro de Kelsen —uno de los más grandes representantes del positivismo jurídico—, *Esencia y valor de la democracia* (segunda edición, 1929), un texto basado en un escepticismo sistemático frente a cualquier dogma, ya fuese religioso, revolucionario, fascista o de cualquier otra la procedencia. Kelsen entendía que ese escepticismo de principio, institucional, sistemático, metódico, pero también existencial, era la base sobre la que se asentaba la democracia liberal.

Segundo. En el minuto cinco de los «Cinco minutos de la filosofía del Derecho», Radbruch afirma que «[…] hay principios del Derecho que son más fuertes que toda ley positiva [y que, por tanto, aun reconocidos dentro del orden del Derecho positivo, es decir, positivados, habrían de quedar a la vez por encima de él]. Se les llama principios del Derecho natural o del Derecho racional, cuyo contenido se ha depositado en las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, declaraciones que por muchas dudas que susciten, el querer mantener esas dudas es un querer mantenerse indebidamente en la duda». Sí, pero esto tampoco esto estaba claro. Tomás Vives venía de un medio en el que las apelaciones al Derecho natural clásico y también al Derecho natural racional de los siglos XVII y XVIII podían ser difícilmente compatibles con el contenido de esas declaraciones de derechos

del hombre y del ciudadano. Había, pues, que aclarar este punto si el referente normativo tanto en sentido político como jurídico debía ser la democracia liberal.

Tercero. En el seminario en el que tenía lugar nuestra discusión, Habermas pretendía aclarase sobre esta cuestión. Tuvimos ocasión de hablar largo y tendido sobre el planteamiento de Habermas. Habermas ambicionaba desarrollar la idea de una legitimidad anclada exclusivamente en la legalidad sobre tres supuestos: primero, que el papel de integración social que en la tradición desempeñaron las instituciones sacras, en la modernidad solo podía desempeñarlo el Derecho, pues la existencia moderna se caracteriza por la radical falta de acuerdo acerca del sentido último de la vida y del mundo; las guerras de religión que dieron origen al nacimiento del Estado moderno a través del Derecho dejan atrás las instituciones sacras como principio de integración social. Segundo supuesto de Habermas: es un *hecho* que las sociedades modernas, debido a su complejidad y pluralidad interna, es decir, por razones *funcionales*, solo pueden regirse por normas de naturaleza jurídica, es decir, por normas coercitivas que prescriben acciones u omisiones, pero abstrayendo las convicciones y motivaciones que para atenerse a la norma puedan tener los agentes. Tercero: supuestas las dos premisas anteriores, Habermas apela como *única fuente de normatividad* al «principio de discurso»: es legitima una norma si y solo si todos los posibles afectados por ella pueden prestarle su asentimiento como participantes en discusiones racionales, entendiendo por discusión racional aquella organizada en términos tales que su resultados sean respaldados por la presunción de que cuentan con los mejores argumentos.

Pero esto no podía aceptarse, o mejor, no podía aceptarse sin más. De lo que dice Habermas, por bien que suene, puede seguirse cualquier cosa si no se añade un *segundo elemento normativo* al principio de discurso —o democrático—, a saber, el principio de libertad, esto es, el principio de igual libertad desarrollado en la mayor medida posible, principio que la producción normativa apegada al principio democrático ha de regular y que, a su vez, orienta y limita la producción normativa. La pretensión de Habermas de fundar los derechos de libertad solo en la naturaleza jurídica de la norma y de que la norma prescinda de las motivaciones y los fines del agente y los deje en manos del mismo es un intento fallido. Del carácter jurídico de la norma no se sigue de ningún modo que la norma democráticamente acordada tenga como fin regular y hacer viables las iguales libertades básicas en la mayor medida posible. Y dado que esta era la conclusión a la que querría llegar Habermas, tampoco su teoría del Derecho era convincente.

IV

Así pues, ni positivismo jurídico —aun haciéndole justicia— ni Derecho natural clásico, ni mucho menos historicismos jurídicos, ni Derecho natural racional, ni teoría discursiva del Derecho al estilo Habermas. Tomás Vives dejaba atrás todo eso. ¿Qué quería entonces? Bien, si no lo entiendo mal, el profesor Vives se apoya en la filosofía del lenguaje y la acción de Wittgenstein y, de la mano de Wittgenstein, participa del escepticismo de Kelsen en la forma que le da Rawls cuando este dice que la teoría de la justicia (y la teoría

del Derecho, que en ella se apoya) ha de renunciar a ser una *teoría*, ha de renunciar a representar *una verdad*, a fin de que pueda ser lo que debe ser: una fórmula de convivencia entre seres que, en las guerras de religión, nunca acabadas, han patentizado, patentizan y patentizarán una y otra vez —es decir, cada vez que se pongan a pelear sobre ello— que no comparten verdad alguna sobre el sentido último de la vida y del mundo. Este evidencia es el elemento y rasgo más básico de la condición humana moderna a partir de cuya asunción y aceptación las personas tienen que entenderse y convivir.

Entendiéndolas desde esta perspectiva y no desde cualquier otra, y con la permanente pretensión de hacer menos que *teoría*, Tomás Vives se ha atenido a aquellas declaraciones de derechos fundamentales —cuyo modelo es, en Europa, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789)— en las que se desgrana el derecho de libertad y a las que no ha habido más remedio que volver —en esto radica su legitimidad— tras la experiencia de las dictaduras y de la barbarie y como protección contra la barbarie siempre posible. Cuando en el Occidente moderno se desquician los principios en que se asientan otras formas de existencia, aquellas declaraciones son, de nuevo las, únicas que ofrecen una salida, del mismo modo que, cuando se vinieron abajo el orden tradicional y todos los intentos de restaurarlo, fueron las únicas que brindaron salida a Europa.

El contenido de esas declaraciones, que habría de convertirse en principio del Derecho, positivado dentro del Derecho, siempre es el mismo: la igual libertad en la mayor medida posible, articulada mediante leyes generales que puedan ser entendidas como reglas emanadas de forma efectiva de la voluntad de todos, de suerte que cada persona solo quede sometida a lo que ella misma se impone junto con todos los demás para hacer viable la igual libertad. Leyes, en fin, a través de las que se aseguren condiciones materiales de existencia y que no conviertan el principio de libertad y el principio democrático en una fábula o una burla.

V

Desde aquí, a Tomas Vives no le cuesta nada entenderse con el último Kant, el gran intérprete de la Declaración de 1789, del que sé que Vives está escribiendo estos días y sobre el que hemos tenido ocasión de discutir mucho. Sin mencionar expresamente a Kant, venía a decir que esas declaraciones se asientan en la *idea* de libertad, pero que, dado que la existencia de la libertad no puede demostrarse *teóricamente*, nunca podríamos demostrar teóricamente la verdad de esas declaraciones. No obstante, el filósofo de Königsberg afirmaba también que en ellas se expresa algo así como una idea de *reconocimiento y dignidad* de la que nunca podríamos sacudirnos sin dejar de ser la clase de seres que somos y que, por tanto, cuando no tenemos más remedio que considerarnos a partir de esa idea de reconocimiento y dignidad, como ocurre en la regulación de la existencia colectiva, no podemos tenernos sino por los seres libres que esa idea de dignidad supone.

Aquí surgen los capítulos de cuestiones apuntadas por Kant que hoy no tenemos más remedio que reconocer como nuestras. Tomás Vives está muy al día en estas cuestiones y discutiendo con él se puede aprender mucho sobre las mismas.

Primer capítulo. El ser libre se caracteriza por su capacidad de autodeterminación y, por tanto, después de que las instituciones sacras dejaron de estar en el centro, se caracteriza por el hecho de que tiene que darse, junto con todos los demás seres libres, las leyes para regular su convivencia, unas leyes válidas *para todos por igual* sin excepción, igualdad que, en un contexto de diversidad y complejidad, se convierte en un problema.

Otro capítulo. La autodeterminación y autonomía convierten al ser libre en un individuo que no puede concebirse como un instrumento, sino como un fin en sí. Ahora bien, un fin es algo que solo yo puedo proponerme. Otro individuo podría obligarme a realizar acciones tendentes a un fin, pero ese sería un fin suyo, no mío, para cuya consecución está utilizándome como instrumento, aun en caso de que ese fin suyo fuese mi propia perfección, que desde luego es asunto mío, no de él. Por tanto, si el ser libre ha de considerarse y ser tratado siempre también como un fin y nunca solo como un medio, el Derecho solo puede versar sobre las relaciones entre los arbitrios, cualesquiera que sean los fines que estos puedan proponerse o se entienda que deban proponerse (pero siempre que esos fines sean compatibles con la libertad de cualquiera conforme a leyes generales), pero no sobre los fines, intenciones o convicciones de nadie. El Derecho basado en la idea del hombre como un fin en sí se limita a mandar acciones u omisiones, pero no motivos ni fines de la acción; el Derecho no es la moral. Por tanto, el Derecho puede promover y fomentar —pero no mandar ni controlar— sus propias bases *motivacionales*, pues tiene que proteger y dar cobijo a motivaciones, a concepciones de la vida y del mundo, a morales y a religiones que no solo pueden ajenas, sino que también pueden contravenir y minar poco a poco los principios a los que obedece la ley apegada al principio de libertad. El Derecho no domina sus propias bases motivacionales: necesita una conciencia ilustrada que lo sustente, cuya existencia no es una obviedad ni una trivialidad. Al Derecho le puede muy bien, pues, «que le nazcan» dentro, otra vez, las guerras de religión que suponía superadas y en cuya superación se basa.

Otro capítulo. La habitación del ser libre es la tierra, una superficie esférica, el globo terráqueo, en la que yo no podría eludir indefinidamente, apartándome de él, a un ser humano con el que tengo un conflicto. Más bien al contrario: cuanto más me aparte de él, con tanta mayor seguridad volveré a encontrármelo en el mismo sitio. A causa de esta condición de globalidad de la habitación humana, el orden del Derecho, sostenían los juristas romanos, es esencialmente *tripartito*: consta, como dice Kant, reinterpretando a los juristas romanos, del Derecho de la ciudad, del Derecho que rige las relaciones entre las ciudades, y del Derecho concerniente al tránsito cosmopolita. Si falla una de estas tres partes, afirma Kant, fallarán necesariamente también las otras dos. Así, por ejemplo, el orden del Derecho, en su función de asegurar la integración social, se vendría abajo —como en los años treinta del siglo XX— si no garantizase unas condiciones materiales de existencia que eviten que el principio de igual libertad y el principio democrático se conviertan en una ficción. Pero el orden internacional de Derecho es demasiado débil para controlar el

movimiento de la economía globalizada, que relativiza a ese orden y, justamente por ello, deja de ser real, se convierte en fábula, sucumbe a la fuerza. Así pues, el Derecho asentado sobre el principio de libertad —y, *en idea*, no cabe concebir en principio ningún otro fundamento— no controla sin más las bases motivacionales ni controla sin más las bases materiales que lo hacen posible, incluso allí donde suponía poder controlarlas.

Otro capítulo más. El creador —dice la Biblia— dio la tierra a todos los hombres; y, por tanto, su apropiación por parte de individuos o de Estados ha de entenderse como un reparto realizado mediante leyes atenidas a criterios y principios válidos para todos por igual, criterios y principios a los que, por tanto, todo ser libre presente y futuro podría asentir y tendría que haber asentido en un presente *nouménico*, como dice Kant, si es que ha de valer el principio de que la ley ha de provenir de la voluntad unida de todos como base misma del Derecho. Entre esos principios y criterios deberían figurar los relativos al cuidado del globo terráqueo en su conjunto como lugar de habitación humana, así como los principios y criterios relativos al tránsito por la superficie de la tierra y al asentamiento en ella. Estos principios y criterios no habrían de conculcar el igual derecho de libertad de todos y el correlativo derecho de igualdad de oportunidades vitales para *todo* ser libre.

Y un último capítulo. Cuando se asienta en el principio de libertad, y en la medida en que debe prescindir de motivos y no puede mandar sobre ellos, el Derecho tiene que poder hacerse efectivo mediante la simple coerción. El Derecho, dice Kant, es, entonces, la capacidad de coerción recíproca compatible con la libertad de cualquiera conforme a leyes generales que puedan considerarse provenientes de la voluntad unida de todos. Si esa capacidad de coerción no es tal, el Derecho y los principios en él positivados se reducirán a buenas intenciones o a agua de borrajas, pero no serán Derecho. Dado que las relaciones de fuerza no se inventan, sino que ya está ahí por lo general antes de que llegue el Derecho, la viabilidad de este dependerá de la capacidad de convertir la fuerza en Derecho, es decir, de su aptitud para transformar la capacidad de coerción *unilateral* individual o grupal en capacidad de coerción *recíproca* conforme a leyes generales. Por tanto, el Derecho solo puede ser resultado de la pelea por el propio Derecho, es decir, el producto resultante de la tarea de asegurar y estar asegurando mediante fuerza lo obtenido en ella, como dijo Ihering y mucho más tarde diría Foucault.

VI

Hegel se reía de algunos de estos capítulos de problemas de Kant, tildándolos de puras *abstracciones*. Estos problemas exceden con mucho el marco del Derecho estatal, al que Hegel quería ver reducido el Derecho. Por encima de ese marco solo podría regir, *en definitiva*, la relación *política*, no jurídica, de amigo/enemigo. Actualmente, el orden del Derecho estatal empieza a depender cada vez más intensamente de esas abstracciones, que se han tornado *concreciones* que desestabilizan la *abstracción estatal,* de modo que esta, en su interior, deja también de estar del todo segura como principio jurídico de integración frente a las concreciones de la religión, la ideología o la nacionalidad. Entonces, considerando

estos capítulos de problemas de Kant, empieza a crecer en uno la melancolía. Empieza uno a pensar que, visto así, el problema del Derecho, *tal como este debe ser* conforme al principio de libertad en una perspectiva global y respecto al que no hay vuelta atrás, tiene difícil solución.

Y uno entonces también está de acuerdo con lo que ya ha oído últimamente varias veces en boca de Tomás Vives, que se niega tajantemente a admitir que el fin del Derecho sea la realización de la *idea* de justicia o, lo que es lo mismo, la realización de la *idea* de libertad entendida tan a lo grande. Esto es pedirle demasiado al Derecho. Dado que no podemos sacudirnos las ideas de reconocimiento y dignidad —y que, entonces, estas grandes cuestiones kantianas, pero también las nuestras, están ahí ineludiblemente—, habría que decir que, más modestamente, de lo que se trataría en el horizonte de esas ideas, y en la concreta pelea por el Derecho, sería brindar apoyo y articulación *a posteriori*, en la medida de lo posible, a la proyección de formas de existencia en las que, conforme a criterios vulgares y corrientes, no utópicos, nadie tuviese razón para sentirse humillado y en las que, conforme a los criterios de una mentalidad jurídica ilustrada, a nadie le sobrasen razones para sonrojarse y abochornarse demasiado mirando su mundo.

VII

Es así como se articulan en Tomas Vives su *escepticismo teórico*, su incondicional *compromiso con el derecho de libertad* y los derechos fundamentales que derivan de él, su interés por los *temas de la filosofía jurídica de Kant* —las grandes cuestiones de nuestro presente— y, al mismo tiempo, su *realismo jurídico* a prueba de cualquier exaltación y entusiasmo idealistas.

Muchas gracias.

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

ANEXOS

Valoración fáctico-jurídica por parte de observadores internacionales y nacionales de la sentencia condenatoria de autoridades y líderes sociales catalanes (STS 459/2019)
Ltw – Catalan Referendum Case

Comentarios a la Sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, en el llamado «caso del *procés*»
Enrique Gimbernat Ordeig
Tomás Salvador Vives Antón
José Luis Díez Ripollés
Maria del Mar Carrasco Andrino
Francisco Javier Álvarez García

VALORACIÓN FÁCTICO-JURÍDICA POR PARTE DE OBSERVADORES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE AUTORIDADES Y LÍDERES SOCIALES CATALANES (STS 459/2019)

International Trial Watch - Catalan Referendum case

Sumario: 1. Conclusiones. 1.1. Quiebra del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE y 7 CEDH), del derecho a la libertad (art. 17 CE y 5 CEDH), de la libertad de expresión (arts. 20 CE y 10 CEDH) y la libertad ideológica (art. 16 CE y 9 CEDH), del derecho de reunión pacífica (art. 11 CEDH) y del libre ejercicio de cargo público representativo (art. 23.2 CE y 3 Protocolo ad. CEDH). 1.2. Quiebra del derecho a un proceso debido y con todas las garantías. 1.2.1. La vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH) y a la doble instancia (art. 57.2 de la LO 6/2006, 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 14 PIDCyP). 1.2.2. Vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24 CE y 6.1 CEDH). 1.2.3. El derecho a la práctica de la prueba (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH). 1.2.4. El trato desigual a las partes (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH). 1.2.5. Vulneración del derecho a la libertad por la detención arbitraria de los acusados (art. 17 CE y 5 CEDH) .

A este posicionamiento se han adherido las siguientes organizaciones:

- ACDDH – *Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans.* Asociación de abogados y abogadas en Cataluña para la defensa de los derechos humanos.
- Addameer – *Prisoner Support and Human Rights Association.* Principal asociación de derechos humanos y de apoyo a presos del Territorio Ocupado de Palestina.
- AED – *Avocats Européens Démocrates / European Democratic Lawyers.* Federación de uniones y organizaciones de abogados que defiende los derechos de los ciudadanos a través la defensa de la independencia de los abogados.
- ALA – *Asociación Libre de Abogadas y Abogados*
- ALAZ – *Asociación Libre de Abogados y Abogadas de Zaragoza.* Asociación de abogados y abogadas para la defensa de los derechos civiles.
- AMDH – *Association Marocaine des Droits Humains.* Asociación marroquí para los Derechos Humanos que cuenta con más de 12.000 miembros.
- Antigone – *Associazione per i diritti e le garanzie nel sistema penale.* Asociación italiana para los derechos y garantías en el sistema penal formada por jueces, trabajadores del sistema penitenciario, abogados, investigadores, parlamentarios, profesores y ciudadanos interesados en la justicia penal.
- APDHA – *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía.* Principal asociación para la defensa de los Derechos Humanos en Andalucía.
- Asociación Americana de Juristas – ONG americana con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
- Associació de Juristes pels Drets Humans – Asociación de juristas para la defensa de los derechos humanos en Cataluña.
- Associació Democràcia i Justicia per Catalunya – Asociación para la defensa de los derechos fundamentales en Cataluña.
- CDDT – Centro de Documentación y Denuncia de la Tortura.
- Col·lectiu Praga – Colectivo formado por más de cuarenta juristas vinculados al mundo académico con el objetivo de contribuir al debate sobre el ejercicio del derecho a decidir en Cataluña.
- DqD – *Defender a quien Defiende.* Plataforma de entidades españolas para hacer frente a la represión y la violencia institucional. La componen las siguientes entidades: Periódico Diagonal, Fuam, Icaria Editorial, Novact, Ecologistas en Acción, APDHA, Calala Fondo de mujeres, Irídia, Fotomovimiento, IDHC, Fundación Solidaritat UB, Comisión Sol del 15, Plataforma de Desobediència Cvil.
- ELDH – *European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights.* Asociación formada por organizaciones europeas de juristas y juristas individuales de 21 países de Europa unidos por la defensa de la democracia y los derechos humanos en todo el mundo.

- Erabakizaleak - *Juristas por el Derecho a Decidir.* Asociación de juristas vascos.
- Esculca, observatorio galego para a defensa dos dereitos civís e as liberdades. Observatorio de ámbito gallego que trabaja en la defensa de los derechos y libertades públicas.
- IDHC – *Institut de Drets Humans de Catalunya.* Asociación que lleva a cabo tareas de formación, incidencia pública e investigación en materia de derechos humanos.
- Irídia – *Centre per la Defensa dels Drets Humans.* Asociación que trabaja en Cataluña para la defensa de los derechos humanos, principalmente civiles y políticos.
- JASS – *Asociadas por lo Justo.* Asociación que se dedica a fortalecer la voz, visibilidad y el poder colectivo de las mujeres para crear un mundo justo y sustentable.
- Lafede.cat – Federación de 117 ONGs de Cataluña que trabajan en promoción de la Justicia Global.
- LTDH – *Ligue Tunisiene de Droits de l'Homme.* Liga Tunecina de los Derechos Humanos y ganadora del Premio Nobel de la Paz 2015.
- Novact – *Instituto Internacional por la Acción Noviolenta.* Instituto internacional que promueve acciones internacionales de construcción de paz en situaciones de conflicto.
- ÖHD – *Özgürlük için Hukukçular Derneği.* Organización de Juristas para la Libertad con más de 1.300 abogados y abogadas de Turquía.
- OSPDH – *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos.* Observatorio de la Universidad de Barcelona integrado por profesores y profesoras, estudiantes, licenciados, postgraduados y profesionales.
- PFO – Peace and Freedom Organisation. Asociación kurda para la Paz y las Libertades. Organización de referencia en materia de construcción de paz y desarrollo del Kurdistán iraquí.
- Red Jurídica – Cooperativa de Madrid de abogados y abogadas que ejercen el derecho desde una perspectiva crítica.
- Salhaketa Nafarroa - Asociación de Navarra en defensa de los derechos de las personas presas y de sus familiares.
- UPP – *Un Ponte Per…* Asociación de voluntariado y Derechos Humanos de Italia con más de 20 años de experiencia en intervenciones de construcción de paz.

En fecha 14 de octubre de 2019, el Tribunal Supremo del Reino de España ha notificado la sentencia núm. 459/2019, que condena a miembros del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, a la Presidenta de su Parlamento y a dos líderes sociales por los siguientes delitos y penas:

- ❑ Delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos a los miembros del Gobierno de la Generalitat siguientes:

- Oriol Junqueras, Vicepresidente de la Generalitat y Consejero de Economía y Hacienda de la Generalitat, *pena de 13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta.*
- Raül Romeva, Consejero del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales, Exteriores y de Transparencia del Gobierno de la Generalitat, *pena de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta.*
- Jordi Turull, como Parlamentario primero y como Consejero de Presidencia de la Generalitat después, *pena de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta.*
- Dolors Bassa, Consejera de Trabajo, Asuntos sociales y Familia, *pena de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta.*

❑ Delito de sedición:

- Carme Forcadell, Presidenta del Parlamento de Cataluña (y anteriormente Presidenta de la asociación de la sociedad civil Asamblea Nacional Catalana, *pena de 11 años y 6 meses de prisión y 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*
- Joaquim Forn, Consejero de Interior del Gobierno de la Generalitat, *pena de 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*
- Josep Rull, Consejero de Territorio y Sostenibilidad del Gobierno de la Generalitat, *pena de 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*
- Jordi Sànchez, Presidente de la asociación Asamblea Nacional Catalana, *pena de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta.*
- Jordi Cuixart, Presidente de la asociación Òmnium Cultural, *pena de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta.*

❑ Delito de desobediencia:

- Miembros del Gobierno Santiago Vila, Meritxell Borràs y Carles Mundó a la *pena de multa de 10 meses, con una cuota diaria de 200 euros (60.000 euros cada uno) e inhabilitación especial para ejercicio de cargos públicos electivos por tiempo de 1 año y 8 meses.*

Las organizaciones firmantes de la presente valoración fáctico-jurídica han llevado a cabo un proceso de monitoreo del juicio con reconocidos juristas observadores nacionales e internacionales ante el Tribunal Supremo, durante los meses de febrero a junio de 2019, quienes han analizado con detenimiento el proceso judicial y la mencionada sentencia que le pone fin, llegando a la conclusión que este proceso y la sentencia conculcan los siguientes principios y derechos: el principio de legalidad penal, el derecho a la libertad, la libertad de expresión, la libertad ideológica, el derecho de reunión pacífica, y el libre ejercicio de cargo público representativo, además del derecho a un proceso debido y con todas las garantías.

1. CONCLUSIONES

1.1. QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (ART. 25.1 CE Y 7 CEDH), DEL DERECHO A LA LIBERTAD (ART. 17 CE Y 5 CEDH), DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ARTS. 20 CE Y 10 CEDH) Y LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 16 CE Y 9 CEDH), DEL DERECHO DE REUNIÓN PACÍFICA (ART. 11 CEDH) Y DEL LIBRE EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO (ART. 23.2 CE Y 3 PROTOCOLO AD. CEDH)

1. Las condenas que van de 9 a 13 años de prisión por un delito de sedición quiebran el principio de legalidad penal. Existe quiebra de este principio cuando la aplicación de la ley penal carece de razonabilidad de tal modo que dicha aplicación resulta imprevisible para sus destinatarios (por todas, STC 137/1997).

2. En efecto, la sedición no es una modalidad atenuada de una rebelión armada y violenta sino un delito autónomo contra el orden público, que sólo debe sancionarse cuando exista un alzamiento tumultuario, es decir, cuando se produzca una insurrección o una sublevación violentas (por la fuerza o la vía de hecho) para impedir la aplicación de las leyes o el ejercicio de las funciones públicas. Sólo así puede distinguirse de la infracción administrativa (art. 36.4 LSC). Sin embargo, en la sentencia se prescinde del concepto de alzamiento acuñado por su propia jurisprudencia, sustituyéndolo por el concepto de «desobediencia tumultuaria, colectiva y acompañada de resistencia o fuerza» (pág. 396).

3. En relación al momento concreto en que se supone que se produjo ese alzamiento o insurrección, la sentencia se refiere a dos días con concentraciones multitudinarias (introduciendo una forma inexistente de «alzamiento consecutivo» o de «plurialzamiento» y confundiendo alzamiento con reunión pacífica): una, la del día 20 de septiembre, para protestar por las detenciones de determinados cargos públicos, considerando probado que los registros en la Consejería de economía pudieron llevarse a cabo a pesar de la multitudinaria concentración; ningún ejercicio de funciones públicas se impidió, pues, ese día. La otra, la del día 1 de octubre, en que multitud de ciudadanos se concentraron ante los llamados centros de votación del *referéndum*. Referéndum cuya ley y decreto de convocatoria habían sido sucesivamente suspendidos por el Tribunal Constitucional (y posteriormente anulados por el mismo después de la celebración de la consulta), sustrayéndole toda la eficacia jurídica, como señala la sentencia del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. El voto que se emitió fue, por lo tanto, un voto meramente simbólico en legítimo ejercicio de las libertades de expresión e ideológica, sin consecuencias jurídicas para el ordenamiento vigente. Nada se impidió tampoco ese día por parte de la ciudadanía, como sí exige el tipo penal de la sedición.

4. Este modo de razonar de la sentencia conlleva, además, dos consecuencias: la primera, si como afirma se produjeron dos alzamientos consecutivos, no se comprende como el Estado no desplegó los instrumentos jurídicos propios para la suspensión parcial o total de derechos en situaciones excepcionales constitucional e internacionalmente previstas (por

ejemplo, declaración de estado de sitio, art. 116 CE o artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) para, en su caso, impedir dichos supuestos alzamientos. La respuesta es evidente: porque lo que estaba teniendo lugar no era un alzamiento si no el ejercicio del derecho colectivo de reunión y de protesta. Y la segunda, la sentencia recupera inconstitucionalmente el abolido delito de convocatoria incompetente de referéndums, y es evidente que condena porque la ciudadanía logró organizar, a pesar de su suspensión, una consulta que, aunque sin efecto jurídico alguno, sirvió para expresar la posición política de los que fueron a votar.

5. No quedando, pues, demostrados ni el alzamiento ni la perturbación del orden público concretados en el impedimento de la aplicación de las leyes o del ejercicio de funciones públicas, la aplicación del delito de sedición carece de razonabilidad, resulta imprevisible y quiebra el derecho fundamental a la legalidad penal. Con ello, se afecta también de forma directa el derecho de libertad de los penados a casi cien años de prisión por la (no probada) comisión de un delito de sedición.

6. El fundamento principal que justifica las condenas por sedición (con clara confusión en muchos de sus hechos probados y razonamientos jurídicos con un hipotético delito de desobediencia imputable, en su caso, únicamente a las autoridades), en el ámbito de actuación de cada acusado, se encuentra en que los condenados ampararon, promovieron, convocaron, u organizaron concentraciones para evitar la aplicación de las leyes o el ejercicio de funciones públicas. Pero la sentencia no valora previamente si las protestas y concentraciones que tuvieron lugar los días 20 de septiembre y 1 de octubre constituían un legítimo ejercicio del derecho de reunión pacífica (que, en todo caso debe de interpretarse ampliamente, según el TEDH, para incluir la organización y participación en marchas, procesiones y sentadas: Caso Christians against Racism and Fascism c. Gran Bretaña), de la libertad de expresión y de la libertad ideológica (el TEDH, en ejercicio de estos derechos, solo considera posibles las penas de prisión en casos excepcionales como la apología de la violencia o la difusión del discurso de odio, circunstancias que no han quedado probadas en relación a ninguno de los ahora condenados). Porque no cabe condena penal si lo que se ejerce son derechos fundamentales.

7. En consecuencia, no resulta previsible una condena penal por sedición a quien (Cuixart, Sànchez) en el libre ejercicio de su libertad de reunión convoca una protesta contra determinadas actuaciones judiciales o realiza tareas de mediación con las fuerzas policiales (20 de septiembre) y anima a la ciudadanía a expresar su opinión a través de una votación (con efectos suspendidos, el 1 de octubre), cuando la participación (y convocatoria) en un referéndum convocado por autoridad no competente no constituía en ese momento ningún tipo de delito (desde 2005).

8. Asimismo, tampoco resulta previsible que se considere delito de sedición alentar a la ciudadanía mediante tuits o declaraciones públicas a participar en las movilizaciones masivas del 1 de octubre (miembros del Gobierno de la Generalitat). Debe tenerse en cuenta

que el Tribunal considera probado que en todos y cada uno de los llamamientos realizados por los ahora condenados se solicitaba expresamente y de forma reiterada que las personas se manifestaran de forma pacífica, no violenta y sin caer en provocaciones.

9. Todas estas acciones forman parte del núcleo esencial del derecho de reunión pacífica de la libertad de expresión, en su vertiente individual. Derechos amparados por los distintos instrumentos nacionales e internacionales suscritos por el Estado español, que protegen el derecho de toda persona a protestar, a organizar protestas, a promoverlas, a hablar y tuitear sobre ellas, incluso si las demandas de las mismas o el objetivo de las personas que acuden pueda ser inconstitucional (libertad ideológica), siempre que se ejercite el derecho de forma pacífica, como se ejerció los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 en Cataluña. Al castigar penalmente la organización y promoción de protestas masivas y pacíficas con capacidad para presionar a las instituciones, se está criminalizando el derecho de protesta, y violando el derecho de reunión y de manifestación pacíficas, con el consecuente y evidente efecto disuasorio para el resto de la población, que se amplifica cuando las medidas restrictivas se dirigen a figuras públicas muy conocidas y con repercusión mediática (STEDH Nemtsov c. Rusia), como en el caso de Jordi Cuixart y Jordi Sànchez.

10. Tampoco resulta previsible la condena de quien, amparado por su inviolabilidad parlamentaria (Forcadell), admitió a trámite proposiciones y resoluciones parlamentarias sin fiscalizar su contenido (atendiendo a inveterada jurisprudencia del TC), para preservar, así, a la institución parlamentaria de un gobierno de los jueces y un libre ejercicio del cargo público de los diputados y diputadas.

1.2. QUIEBRA DEL DERECHO A UN PROCESO DEBIDO Y CON TODAS LAS GARANTÍAS

1.2.1. La vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH) y a la doble instancia (art. 57.2 de la LO 6/2006, 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 14 PIDCyP)

El Tribunal Supremo no era el juez predeterminado por la ley para juzgar el presente caso, ya que, de acuerdo con el ordenamiento vigente (art. 57.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña), los hechos cometidos en territorio de Cataluña en relación con los aforados debieron ser juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El problema de la violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se agrava, además, en el caso de personas no aforadas cuyo enjuiciamiento se ve arrastrado por quienes puedan tener un aforamiento e, incluso, con la imposibilidad de contar con un derecho a una segunda instancia para eventuales recursos, toda vez que el único y posible recurso, esto es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ni constituye un recurso ordinario, ni se configura como una segunda instancia judicial, ni podrá impedir la firmeza de una sentencia que el Tribunal Supremo ha dictado en única instancia (con

serio quebranto de lo establecido en el art. 13 CEDH, «derecho a un recurso efectivo», en relación con los derechos reconocidos, y en el art. 2 del Protocolo adicional n. 7).

1.2.2. Vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24 CE y 6.1 CEDH)

La sentencia dedica numerosas páginas a argumentar de contrario y finalmente desestimar la alegación de las defensas de falta de imparcialidad del Tribunal, especialmente del Presidente de Sala. Sin embargo, tales argumentos no son convincentes y sigue apreciándose, como señalan los numerosos observadores internacionales que estuvieron en la Sala, una quiebra del derecho al juez imparcial, tanto subjetiva como objetivamente, que ha decantado la Sala hacia una sentencia condenatoria.

1.2.3. El derecho a la práctica de la prueba (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH)

Pese a la argumentación de la sentencia sobre poder o no mostrar una serie de vídeos, es evidente que durante el juicio el presidente de la Sala introdujo lo que denominó una «pauta metodológica» (sic), señalando que el visionado de documentos videográficos no se haría durante los interrogatorios a los testigos. La práctica de dicha prueba y su contradicción eran esenciales para las defensas

como lo demuestran ahora los razonamientos sobre el alcance de la violencia y el fallo condenatorio de la sentencia. Se ha causado pues, desde esta perspectiva, una efectiva indefensión material a los condenados.

1.2.4. El trato desigual a las partes (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH)

La Sala mostró un claro trato desigual de los testigos de las partes (en detrimento de los de las defensas) pese a que en el art 6.3 d) CEDH queda establecido que todo acusado tiene derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. Además, no fueron pocas las declaraciones de los testigos propuestos por las defensas que fueron claramente interrumpidos y dificultados por el presidente de la Sala. También se quebrantó de tal manera el principio de «igualdad de armas», que ha conducido a una sentencia condenatoria.

1.2.5. Vulneración del derecho a la libertad por la detención arbitraria de los acusados (art. 17 CE y 5 CEDH)

Un tema de máxima trascendencia como éste, es ventilado por la sentencia en una página (pág. 161). La alegada violación por el mantenimiento de dos años de prisión preventiva a los acusados tiene un llamativo silencio en la sentencia que solo se entiende desde una no menos llamativa omisión: absolutamente nada se dice en torno a la declaración como «arbitraria» de las prisiones así calificadas por el Grupo de Trabajo sobre Detenciones

Arbitrarias de las Naciones Unidas. Cuestión omitida a pesar de haber sido expresamente alegada en la última sesión del juicio oral por parte de una de las defensas, que pidió que se diera cumplimiento a las dos resoluciones del Grupo de Trabajo de la ONU, de fechas mayo y julio de 2019, que instaban al Estado a la puesta en libertad de los acusados cuyos respectivos casos había examinado. Omisión especialmente grave teniendo en cuenta que afecta a uno de los derechos más importantes de los acusados, como es el de la libertad.

Por todo ello, los Observadores internacionales y nacionales denuncian la violación de derechos humanos (derechos civiles y políticos detallados y reconocidos por Tratados y Convenios válidamente ratificados por el Reino de España y que forman parte de su ordenamiento jurídico interno, según los artículos 10, 96 y concordantes de la Constitución española), la quiebra de los principios penales y procesales detallados, además del principio de fragmentación, de proporcionalidad y de última ratio del derecho penal, por parte del proceso penal de referencia y de la sentencia que le da fin.

La masiva violación por parte de la sentencia de los anteriores derechos y principios y los razonamientos que contiene impiden que pueda analizarse desde parámetros estrictamente jurídicos. Cualquier intento serio de interpretarla de acuerdo con conceptos técnico-jurídicos, tales como sedición, alzamiento, violencia, o derecho fundamental resulta infructuoso. Seguramente, porque se trata de una resolución claramente ideológica con pretensión de substituir a la necesaria solución política del conflicto que se vive en Cataluña.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO 459/2016, DE 14 DE OCTUBRE, EN EL LLAMADO "CASO DEL PROCÉS"

Enrique Gimbernat Ordeig
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Tomás Salvador Vives Antón
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia

José Luis Díez Ripollés
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Málaga

María del Mar Carrasco Andrino
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alicante

Francisco Javier Álvarez García
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Carlos III

prueba. 2.7. Desigualdad de trato. 2.8. Presunta detención arbitraria de los acusados. 2.9. Malversación de caudales públicos. 3. Conclusiones.

En lo que sigue se efectuará una crítica del documento denominado: «Valoración fáctico-jurídica por parte de observadores internacionales y nacionales de la Sentencia condenatoria de autoridades y líderes sociales catalanes (STS 459/2019)» (en adelante IOI)*.

Se trata de llevar a cabo un análisis de los contenidos del referido texto, contrastándolos con la actividad procesal desenvuelta alrededor del denominado coloquialmente «juicio del procés»; es decir: no sólo con la Sentencia que puso fin al procedimiento, sino también con otra clase de resoluciones (fundamentalmente autos) donde se resolvían distintas cuestiones planteadas por los procesados. Finalmente se incluye, «a modo de conclusión», una serie de consideraciones donde se realiza una valoración global del Informe del, denominado, grupo de «observadores internacionales y nacionales» en el aludido procedimiento.

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1.1. ASALTO AL ORDENAMIENTO

Lo más llamativo del informe del IOI es cómo se procede a una notable desfiguración hermenéutica y sistemática del Ordenamiento. En efecto, uno de los momentos decisivos en la insurrección contra el Estado protagonizada por los independentistas catalanes, radica en la aprobación, por el Parlamento de Cataluña, de las Leyes de «desconexión» y del «referéndum», luego declaradas nulas por el Tribunal Constitucional. En ellas, los independentistas, conculcando la Constitución, el Estatuto de Cataluña, el Reglamento del Parlamento, los informes del Consejo Consultivo, de los Letrados del Parlamento y del Secretario General del mismo, toman decisiones ejerciendo potestades de las que carecen, y anulan el Ordenamiento vigente; pero al mismo tiempo invocan el Ordenamiento cuando entienden que puede ser usado, a modo de cobertura, para excusar su ilícito comportamiento. Es decir: están continuamente «entrando y saliendo» del Ordenamiento Jurídico, de un modo que lleva, en conjunto, a su conculcación.

1.2. LA REALIDAD PARALELA

En el sentido anterior, se llega a aseverar en el IOI que:

> El referéndum «cuya ley y decreto de convocatoria habían sido sucesivamente suspendidos por el Tribunal Constitucional (y posteriormente anulados por el mismo después de la celebración de la consulta), sustrayéndole toda la eficacia jurídica, como señala la sentencia del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones». Por ello, «El voto que se emitió fue…, un voto meramente simbólico en

* http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30140

legítimo ejercicio de las libertades de expresión e ideológica, sin consecuencias jurídicas para el ordenamiento vigente. Nada se impidió tampoco ese día por parte de la ciudadanía, como sí exige el tipo penal de la sedición».

Es decir, según el IOI, en tanto que la convocatoria del referéndum y la ley que lo amparaba había sido anulada, nada impedía que realizaran su ilegal convocatoria, pues el acto de votación nada suponía en cuanto a su eficacia jurídica (lo que no les impidió, semanas después, declarar la independencia, suspenderla momentos después, y volver a declararla más tarde).

Desde luego, se trata de una argumentación tramposa con la que se pretende «blanquear» el hecho de que, en contra de lo ordenado por el Tribunal Constitucional, los independentistas decidieron llevar adelante la celebración del referéndum, sirviéndose para ello de la Policía Autonómica (cuerpo policial armado). Resulta sorprendente que unos juristas afirmen que, declarada la ineficacia jurídica de ciertos hechos, se pueden ejecutar lícitamente acciones de ellos derivadas.

En realidad, todo el argumentario presuntamente «jurídico» obrante en el IOI, se desenvuelve en una «realidad paralela», en la que se confunden intencionadamente elementos de instituciones jurídicas vigentes con incorporaciones caprichosas con las que se pretende «revestir jurídicamente» lo que no han sido más que «actos de fuerza».

1.3. LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE SEDICIÓN

Lo anterior se refleja perfectamente en la interpretación propuesta en el IOI del delito de sedición. En efecto, este injusto no exige, como por el contrario se afirma en el IOI, «una insurrección o una sublevación violentas» (pág. 5). Por el contrario, el artículo 544 CP preceptúa:

> «Son reos de sedición 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 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».

A la vista del texto del artículo 544 del Código Penal, algo resulta evidente: que no se exige la violencia en el alzamiento «público y tumultuario» al que se refiere el tipo (sí se requiere en el delito de rebelión); por el contrario, en el delito de sedición basta el empleo de «fuerza» o, alternativamente, la actuación «fuera de las vías legales»; es decir: este segundo medio de comisión no exige empleo de «fuerza» alguna.

Lo que hace el IOI, para llegar a la conclusión de que en el delito de sedición se exige, en todo caso, «violencia», es equiparar «fuera de las vías legales» con «vía de hecho», algo que carece de justificación; luego, «vía de hecho» con «fuerza» (pág. 5), y a continuación esta última con «violencia», lo que obviamente constituye una grosera manipulación de la descripción legal.

1.4. ALZAMIENTOS PÚBLICOS Y TUMULTUARIOS

El 20 de septiembre de 2017, durante la entrada efectuada por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción número 13 de Barcelona en la sede de la Consejería de Economía, una multitud, convocada por líderes independentistas, impidió la realización de la diligencia ordenada por el Juez titular de aquél Juzgado, destrozó vehículos de las Fuerzas de Seguridad del Estado, no permitió la realización regular de la actuación judicial, intimidó a los integrantes de la Guardia Civil (a los que se pretendía hacer transitar por un estrecho pasillo abierto en la multitud, que únicamente permitía el paso en fila individual), se impidió la salida de la Letrada de la Administración de Justicia del edificio de la Consejería de Economía donde se había ordenado por la Juez se llevaran a cabo diligencias (hubo de hacerlo por los tejados), etc. (págs. 42 y ss., de la Sentencia).

Pues bien, es evidente que esta conducta estaba dirigida a evitar la ejecución de una resolución judicial, y ello se llevó a cabo fuera de las vías legales durante la realización de un alzamiento «público y tumultuario», proporcionándose así la base fáctica del delito de sedición.

No fue el aludido el único acto impeditivo del cumplimiento de resoluciones judiciales, pues los hubo también en el registro de la casa del Sr. Jové, en el de la sede del Departamento de Exteriores, de naves de una urbanización o en la localidad de Berga (pág. 47 de la Sentencia).

Otros alzamientos públicos y tumultuarios fueron convocados por los condenados el 1 de octubre de 2017, ante los centros escolares utilizados para desarrollar la ilegal votación que había sido prohibida por el Tribunal Constitucional. En esos alzamientos impeditivos de resoluciones judiciales, los alzados llegaron a situar, a modo de escudos humanos, a niños y personas de avanzada edad en una primera fila, para así oponerse a la actuación de la Policía.

1.5. PRESUNTA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Se afirma en el IOI: «Las condenas que van de 9 a 13 años de prisión por un delito de sedición quiebran el principio de legalidad penal» (pág. 5), y la explicación que se proporciona a esta afirmación es: «carece de razonabilidad de tal modo que dicha aplicación resulta imprevisible para sus destinatarios». Esta última afirmación se apoya en la cita de una Sentencia del Tribunal Constitucional, la 137/1997.

En realidad, se invoca el pasaje de una Sentencia que en ningún momento se ha referido ni al delito de sedición ni a un problema de medición de la pena, sino a algo muy distinto, en concreto a lo siguiente:

> «Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente».

Como puede fácilmente comprobarse, se desfigura la argumentación jurisprudencial. Así —y al margen de lo que se afirma en el IOI—, puede aseverarse que ni las penas del delito de sedición (que son, dependiendo de los supuestos, de ocho a diez años, diez a quince años o cuatro a ocho años) ni el tipo de sedición, conculcan el Principio de Legalidad material. En todo caso, la crítica debería ser la contraria por lo que se refiere a una de las penas, pues lo exiguo del marco penal abstracto en uno de los casos (dos años) dificulta que el juzgador valore adecuadamente las distintas circunstancias que pueden concurrir en el concreto supuesto.

En cuanto a la tipicidad (que no a la pena que es a lo que se refieren en el IOI), y al margen de que parezca o no adecuada la persistencia en nuestro Ordenamiento de un delito como el de sedición, los elementos que integran positivamente lo injusto: alzamiento, tumultuario, impedir, fuerza o fuera de las vías legales…, no presentan dificultades excepcionales ni para su concreción ni para su prueba.

La conclusión sólo puede ser una: se ha desarrollado una argumentación capciosa por el IOI, y, lo que es más grave, se ha torcido el contenido de una resolución del Tribunal Constitucional.

1.6. EL CONCEPTO DE ALZAMIENTO

Se afirma en el IOI:

> «…, en la sentencia se prescinde del concepto de alzamiento acuñado por su propia jurisprudencia, sustituyéndolo por el concepto de "desobediencia tumultuaria, colectiva y acompañada de resistencia o fuerza" (pág. 396)» (pág. 5 IOI).

Nada más incierto. En efecto, en la Sentencia tanto se hace depender, como no podía ser de otra manera, la existencia del delito de sedición de la realidad del alzamiento, que se define en la misma qué se entiende por alzamiento e incluso se señalan conceptos evolucionados del mismo. Véanse en este último sentido los siguientes pasajes de la resolución:

> «El alzamiento, por tanto, se caracteriza por esas finalidades que connotan una insurrección o 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» (pág. 282).

O el concepto «evolucionado» de alzamiento:

> «No faltan propuestas doctrinales que propugnan una interpretación actualizada de ese alzamiento público, que abarque la interconexión, de miles de personas que pueden actuar de forma convergente, sin presencia física, a través de cualquiera de los medios que ofrece la actual sociedad de la información» (pág. 280).

Al margen de lo anterior, el alzamiento se pone en el centro de la tipicidad en numerosísimos pasajes de la Sentencia, en alguno de los cuales se le diferencia con claridad de lo que pudiera constituir una simple desobediencia:

«La desobediencia clásica y simple es un delito muy distinto a la sedición. Ya hemos apuntado supra que la sedición es mucho más, es un aliud y no solo un plus. Implica conductas activas, alzamiento colectivo, vías de hecho o despliegue de resistencia. Por eso puede existir delito de sedición aunque no se haya producido un requerimiento personal previo a cada uno de los particulares que activan el proceso sedicioso o se implican en él. Es inasumible pretender extrapolar a esta tipicidad lo que se ha dicho a veces para el delito de desobediencia común (cfr. art. 556 CP), como parecía pretender el acusado en algunas de las respuestas dadas en el interrogatorio de que fue objeto en el plenario» (pág. 391).

No obstante, lo más lamentable de la crítica del IOI a la Sentencia en este punto, es que se altera la redacción de la resolución. En efecto, según el IOI:

«Sin embargo, en la sentencia se prescinde del concepto de alzamiento acuñado por su propia jurisprudencia, sustituyéndolo por el concepto de "desobediencia tumultuaria, colectiva y acompañada de resistencia o fuerza" (pág. 396)» (pág. 5 del IOI).

El problema se encuentra en que es incierto lo que el IOI «dice que dice» la Sentencia. Véase lo que, en realidad, se escribe en el pasaje de la Sentencia citado por el IOI:

«… la sedición no es otra cosa que una desobediencia tumultuaria, colectiva y acompañada de resistencia o fuerza» (pág. 396 de la Sentencia).

En el IOI se ha sustituido el concepto de «sedición», por el de «alzamiento», alterando así los términos de la Sentencia. Evidentemente, una cosa es la entera descripción del delito y otra muy distinta uno de sus elementos típicos. En suma, los autores del IOI han cambiado la redacción de la Sentencia.

Pues bien, que la sedición es una desobediencia tumultuaria colectiva a través de determinados medios, y que ese tipo de desobediencia reúne las notas de un alzamiento, es una opinión que puede ser compartida o no (de la misma forma que puede sostenerse con autoridad la tipicidad de la rebelión), pero desde luego en ningún momento se pretende en la sentencia prescindir del concepto de alzamiento. Conscientes de ello, los autores del IOI alteran el texto de la Sentencia.

1.7. LA ILEGAL REUNIÓN CONVOCADA EN LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA SÍ IMPIDIÓ EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Se afirma en el IOI:

«…considerando probado [en la Sentencia] que los registros en la Consejería de economía pudieron llevarse a cabo a pesar de la multitudinaria concentración; ningún ejercicio de funciones públicas se impidió, pues, ese día» (pág. 5 del IOI).

Lo que la Sentencia dice, sin embargo, es:

«La movilización impidió que la Guardia Civil pudiera introducir en el edificio a los detenidos, quienes debían estar presentes en el registro, conforme disponen las leyes procesales. También impidió que pudiera ser atendida la orden judicial con plena normalidad» (pág. 44 de la Sentencia).

Llegados a este punto se impone una consideración: no cabe duda de que las discrepancias en la interpretación jurídica forman parte irrenunciable del «hacer del Derecho». Pero no la falsedad, la sustitución o la simulación, y mucho menos cuando la referencia se hace a términos objetivos fácilmente comprobables, en este caso el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo.

1.8. EL DERECHO DE REUNIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una de las apelaciones más recurrentes a lo largo de todo el IOI es que las concentraciones impeditivas de la ejecución de resoluciones judiciales y administrativas, no consistían más que en el mero ejercicio del derecho de reunión. Nada menos cierto.

En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE consagra el derecho a de reunión pacífica (artículo 12.1), añadiendo en su número 2: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenas…». En el mismo sentido se pronuncian los artículos 11.1 y 2 de la Convención de Roma, y 21.1 de la Constitución española.

Más como afirma la Sentencia del TEDH, caso G. contra Alemania, de 6 de marzo de 1989: «una reunión deja de ser pacífica si en el curso de la misma se ejerce cualquier tipo de violencia, se exhiben o usan armas o se lanzan objetos contundentes»; y en idéntico sentido, en la resolución del mismo Tribunal en el caso Krudevicius contra Lituania, de 15 de octubre de 2015, se asevera:

> «…las garantías del artículo 11 se aplican a reuniones y manifestaciones, excepto a aquellas en las que los organizadores y participantes tienen ese tipo de intenciones (violentas), incitan a la violencia o de alguna otra forma rechazan los fundamentos de una sociedad democrática».

En la misma dirección nuestro Tribunal Constitucional, desde la ya veterana Sentencia 2/1982, de 29 de enero, viene manifestando de forma tajante que la violencia intimidatoria constituye un límite al derecho de reunión; doctrina que ratifica la STC 66/1995, de 8 de mayo, donde se afirma: «Las reuniones no pacíficas —y así deben considerarse cabalmente a aquellas en las que los participantes llevan a cabo actos violentos— ya resultan excluidas del derecho de reunión».

Pues bien, ¿cómo denominar pacífica una reunión en la que los asistentes acorralan a los miembros de los cuerpos policiales y destrozan sus vehículos? ¿Cómo ignorar que el derecho de reunión no cubre convocatorias en las que se «rechazan los fundamentos de una sociedad democrática» (TEDH, Krudevicius contra Lituania, y María Carmen Forcadell i Lluis y otros contra España, de 7 de mayo de 2019), oponiéndose con fuerza al cumplimiento de resoluciones judiciales? Esto es lo que ocurrió, precisamente, en las jornadas del 20 de septiembre ante la Consejería de Economía, y en los colegios designados para la votación, por el Gobierno de la Generalitat, el 1 de octubre, ambos de 2017.

No fueron ejercicio del derecho de reunión, sino concentraciones en las que hubo oposición pasiva, a veces, activa en otras, con intimidación o fuerza, en ocasiones, concertadas con otras actividades similares en otros puntos geográficos; oposición siempre dirigida a evitar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Las garantías del derecho de reunión, según la Jurisprudencia nacional e internacional, no cubren semejantes supuestos.

Lo mismo sucede con otros derechos invocados en el IOI, en especial la libertad de expresión vinculada al derecho de reunión, y las injerencias de los tribunales en su ejercicio. En este sentido el TEDH en el ya citado caso María Carmen Forcadell i Lluis y otros contra España, de 7 de mayo de 2019, manifiesta la vinculación que en no pocas ocasiones se establece entre los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (derecho de reunión) del Convenio de Roma, «siendo la protección de las opiniones personales garantizada por el artículo 10 uno de los objetivos de la libertad de reunión pacífica consagrada en el artículo 11».

Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo rechaza que haya habido injerencia en el derecho de reunión, precisamente porque la misma está prevista en la ley, en términos del artículo 11 del Convenio. Aquí se pone de manifiesto lo que es una constante en la actuación de los independentistas, y en las instituciones autonómicas manipuladas por los grupos de ese carácter: que pretenden prescindir del Ordenamiento, ya no sólo autonómico y nacional sino también internacional, y modelar el ejercicio de los derechos reconocidos, nacional e internacionalmente, de acuerdo a sus propios criterios, prescindiendo, por supuesto, de las resoluciones de jueces y tribunales, incluido el Tribunal Constitucional español. Esto es, precisamente, lo que rechaza el TEDH en el último caso citado, recordando además que: «el Tribunal observa que del dictamen emitido por la Comisión de Venecia…se desprende que es obligatorio cumplir las sentencias de los tribunales constitucionales, siendo estos últimos competentes para adoptar las medidas que consideren pertinentes para lograrlo».

En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo considera ajustada a Derecho, en el caso particular referido a la suspensión de una de las sesiones del Parlamento de Cataluña, la injerencia en el derecho de reunión que llegó hasta el punto de suspender una reunión del Pleno de este último, porque se trató de una medida «"necesaria en una sociedad democrática", en particular para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del apartado 2 del artículo 11 del Convenio».

Es obvio que ante decisiones como las adoptadas por el Tribunal Constitucional de suspender el ilegal referéndum convocado por el Gobierno de la Generalitat, posteriormente refrendadas por el TEDH, de nada sirve la invocación de los autores del IOI de que el 1 de octubre o el 20 de septiembre de 2017, se estaban ejerciendo los derechos de reunión y expresión, y que los actos de intimidación, fuerza y violencia ejercidos contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado suponían un ejercicio legítimo de un derecho y, por lo tanto, estaban justificados penalmente. En este sentido, asiste la razón, una vez más, a los Magistrados del Tribunal Supremo cuando en la «Sentencia del procés» afirman:

> «El derecho a la protesta no puede mutar en un exótico derecho al impedimento físico a los agentes de la autoridad a dar cumplimiento a un mandato judicial, y a hacerlo de una forma

generalizada en toda la extensión de una comunidad autónoma en la que por un día queda suspendida la ejecución de una orden judicial. Una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes que quizás podrían derivarnos a otras tipicidades. Pero ante ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición. La autoridad del poder judicial quedó en suspenso sustituida por la propia voluntad —el referéndum se ha de celebrar— de los convocantes y de quienes secundaban la convocatoria, voluntad impuesta por la fuerza» (pág. 283).

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1. JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

Se alega en el IOI vulneración del derecho al Juez predeterminado por la Ley, pues, se invoca, de acuerdo con el artículo 57.2 del Estatuto de Cataluña («En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo») que los hechos deberían haber sido juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pues se trató de acontecimientos sucedidos en Cataluña (página 9 del IOI).

Nuevamente se alteran los hechos, incluso los hechos declarados probados en la Sentencia del Tribunal Supremo, y desde luego los avalados en diferentes resoluciones dictadas ya sea por el Juez Instructor, la Sala de Recursos o la propia Sala sentenciadora.

En el sentido anterior (sin perjuicio de otras numerosas resoluciones dictadas por el Juez Instructor), el Auto de 31 de octubre de 2017, mediante el que se admitía a trámite la Querella presentada por el Ministerio Fiscal (Sala de Admisión) se abordó, como no podía ser de otra manera, el asunto de si se habían realizado hechos, y no meramente producido efectos, fuera de los límites territoriales de la Comunidad autónoma de Cataluña; lo mismo en el Auto de 18 de diciembre de 2017, —por el que se rechazaba el Recurso de Súplica contra el anterior Auto. Posteriormente, y también en el Auto de 26 de junio de 2018, resolviendo el correspondiente recurso contra el Auto de Procesamiento, se volvía a insistir en el tema.

Pero es en el Auto de 27 de diciembre de 2018 (que es susceptible de recurso autónomo, según preceptúa el artículo 676, III, LECri), una vez abierto el Juicio Oral y antes de la presentación de los escritos de defensa, donde con motivo de examinar la declinatoria de jurisdicción, el lugar en el que se exponen de forma más completa los diferentes actos delictivos llevados a cabo fuera de Cataluña (lo que se reitera con todo detalle en la Sentencia de la Sala 2ª, 459/2019).

Por otro lado, en los «Hechos Probados» de la Sentencia se ponen de manifiesto muy diversos acaecimientos delictivos ocurridos fuera de la Comunidad Autónoma catalana, tales como los siguientes: pagos a una consultora en EE. UU, contratación de los servicios de una institución extranjera para realizar tareas de observación del referéndum del 1 de

octubre de 2017, contratación de un equipo de investigación extranjero experto en elecciones internacionales, (págs. 57 y s. de la Sentencia), etc. Todas estas contrataciones fueron realizadas a través del «Diplocat» (Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña), que fue el Servicio a través del cual se instrumentalizó toda la estrategia del independentismo en el exterior; estrategia que se ha venido considerando por el independentismo esencial para alcanzar sus finalidades (págs. 454 y ss.).

En este último sentido resulta llamativo que se argumente en el IOI que todos los actos delictivos se llevaron a cabo en Cataluña, cuando, como vemos, buena parte de la estrategia independentista se desarrollaba en el extranjero, y cuando continuamente han buscado los anti constitucionalistas el apoyo de todo tipo de instituciones y organismos extranjeros e internacionales.

La conclusión de todo lo anterior sólo puede ser una: no ha habido vulneración alguna al derecho al juez predeterminado por la ley, y no es cierto que la totalidad de los hechos delictivos ocurrieran en Cataluña, tal y como se ocupa de demostrar la Sentencia examinada.

Más allá de lo anterior, en el IOI se omite un hecho decisivo en cuanto a la fijación de la competencia, y es el acceso de los procesados Sánchez, Turull, Rull y Junqueras a un acta de Diputados en el Congreso, y del procesado Romeva a una de Senador. El IOI omite este fundamental dato en su valoración, siendo así que el artículo 71.3 CE, y tal y como se apunta en la Sentencia, determina que:

> «En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

Este precepto resulta aplicable en cualquier estado en el que se encontrara el procedimiento.

2.2. DICTAMEN DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS

Se afirma en el IOI:

> «La alegada violación por el mantenimiento de dos años de prisión preventiva a los acusados tiene un llamativo silencio en la sentencia que solo se entiende desde una no menos llamativa omisión: absolutamente nada se dice en torno a la declaración como "arbitraria" de las prisiones así calificadas por el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas. Cuestión omitida a pesar de haber sido expresamente alegada en la última sesión del juicio oral por parte de una de las defensas, que pidió que se diera cumplimiento a las dos resoluciones del Grupo de Trabajo de la ONU, de fechas mayo y julio de 2019, que instaban al Estado a la puesta en libertad de los acusados cuyos respectivos casos había examinado. Omisión especialmente grave teniendo en cuenta que afecta a uno de los derechos más importantes de los acusados, como es el de la libertad».

Lamentablemente hay que comenzar el comentario a esta aserción del IOI diciendo: es intencionadamente falso lo que se alega. Veamos: con fecha 26 de junio de 2019 se dictó

un Auto por la Sala 2ª, con la misma composición de magistrados que la que dictó la Sentencia comentada, en el que se resolvía, a través del instrumento procesal mediante el que se deben solventar esas cuestiones, la petición del Sr. Cuixart que demandaba su inmediata puesta en libertad; y ello se hacía (léase el Antecedente de Hecho Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo) apoyándose en el dictamen 6/2019, suscrito por el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas.

Al escrito presentado por el referido Cuixart se unieron posteriormente otros signados por distintos procesados.

Pues bien, en el Auto mencionado se aborda el Dictamen elaborado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, y se analizan: 1º) La obligatoriedad, o no, de someterse, sin más, el Tribunal a los dictámenes del Grupo de Trabajo de NNUU; 2º) La concurrencia o no de los presupuestos que hacen imprescindible la medida cautelar de prisión preventiva a la luz de los artículos 503 y ss. de la LECri., y la nula referencia que el citado Grupo de Trabajo hace a los mismos; 3º) La anticipada valoración que el Grupo de Trabajo efectúa de la concurrencia o no de elementos típicos de los delitos imputados, y la ausencia, o no, de ciertas causas de justificación; 4º) El exceso argumental en el que incurre el Grupo de Trabajo cuando exige al Gobierno de España que dirija intimaciones («adopte las medidas necesarias») al Tribunal sentenciador para remediar la «situación» de prisión que sufre el procesado, prescindiendo de características elementales de los Estados de Derecho en cuanto a la división de poderes; 5º) El exceso cometido, otro más, por el Grupo de Trabajo cuando establece cómo debe «restablecerse» el teóricamente vulnerado derecho de los presos.

Toda la anterior argumentación la desarrolla el Tribunal mediante una larga exposición en la que se analizan todas las aristas del problema, y va resolviendo el órgano enjuiciador, uno a uno, los problemas planteados por las defensas de los hoy condenados, atendiendo pulcramente a sus razonamientos.

Se podrá estar de acuerdo o no con las referidas argumentaciones del Tribunal, lo que es legítimo, pero lo que resulta inadmisible son las afirmaciones efectuadas en el IOI de que el Tribunal Supremo, en su actividad procesal, ha prescindido de las alegaciones formuladas por los, ahora, condenados y referidas al dictamen del Grupo de NNUU. Lo que ocurre es que el Tribunal ha respondido a esas alegaciones donde era oportuno: en su decisión resolviendo el recurso planteado por los entonces procesados.

Es obligado decir ahora algo que sonroja recordárselo a juristas: no todo vale, el procedimiento es el que es, garantista, y no es admisible que cada involucrado en un procedimiento penal lo trate de ir conformando según su criterio.

2.3. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

Se alega en el IOI, también, que se ha conculcado el derecho a la doble instancia quebrantando el contenido del artículo 13 del Convenio de Roma. A este respecto, basta para

poner de manifiesto la absoluta improcedencia de la alegación, con la cita del artículo 2 del Protocolo número 7 del Convenio de Roma

> «1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.
> 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución».

En todo caso, y además de la fuerza del argumento en el sentido de que no se puede pretender ser juzgado por el más Alto Tribunal, en razón del privilegio que es todo aforamiento, y al mismo tiempo revisar la Sentencia ante ¿todavía un más Alto Tribunal que el anterior?, el Tribunal Constitucional ha venido tratando la cuestión desde antiguo, rechazando contundentemente la argumentación esgrimida en Amparo; así: SSTC 51/1985, de 10 de abril, y 64/2001, de 17 de marzo (véase también la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Tanassi y otros de 18 de diciembre de 1980).

En el sentido indicado, como se acaba de señalar, se expresa la citada STC 51/1985, de 10 de abril, al decir:

> «en el presente caso, sucede que, contra la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso de casación, por prohibirlo explícitamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia.
> Además, es de tener en cuenta que, en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 de la Constitución), está impuesta por el art. 71.3 de la Constitución. Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

2.4. LOS NO AFORADOS

Se acude, también, en el IOI a un planteamiento recurrente de cuestiones que ya han sido resueltas en otras resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y a las que, desde antiguo, también han dado adecuada respuesta tanto los tribunales como la doctrina. Nos referimos ahora a la queja que se formula en el IOI de que hay «personas no aforadas cuyo enjuiciamiento se ve arrastrado por quienes puedan tener un aforamiento» (página 9 del IOI). Pues bien, la misma Sala 2ª del Tribunal Supremo ha dado ya cumplida respuesta a la cuestión en el Auto de 25 de mayo de 2016 (causa 20249/2016), al decir:

«…la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los investigados a las personas aforadas, lo que, en el caso de autos, no sucede, dado que la actuación del aforado puede ser investigada con autonomía y sustantividad propia».

A *sensu contrario*, cuando la referida conexión material exista se producirá la dicha extensión de la competencia; y eso es, precisamente, lo que sucede en el presente caso, en el que aforados y no aforados han llevado a cabo, de consuno, la actividad criminal.

2.5. VULNERACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL

Se asevera en el IOI que ha existido conculcación de las exigencias de imparcialidad del Tribunal, especialmente del Presidente de la Sala…porque así lo afirman sus «observadores internacionales».

Esa es toda la argumentación que se muestra en el IOI. No hay más, y no puede haberla a la vista del contundente, y más que razonado, rechazo efectuado a la petición en la Sentencia y en precedentes resoluciones judiciales en el mismo caso.

Desde luego, si se estuviera ante el examen de una resolución judicial y no de un Informe de anónimos autores, podría decirse con razón que los autores del IOI habrían conculcado el artículo 24 CE por falta de motivación, que provoca indefensión. En fin, nada puede oponerse, y nada diremos, ante meras afirmaciones sin argumentación alguna, sin sentido.

En todo caso, la citada denuncia al juez imparcial se ha tratado con largueza y detalladamente en la Sentencia (págs. 100 y ss.), en donde la Sala 2ª ha respondido pormenorizadamente a los argumentos de falta de imparcialidad de la misma. Las motivaciones esgrimidas numerosas veces por las defensas a lo largo de todo el procedimiento, han invocado la teórica falta de imparcialidad apoyándose, a veces, en motivos estrambóticos; como la existencia de mucha «camaradería» entre los Magistrados de la Sala 2ª y el Fiscal General del Estado, o la coincidencia del Magistrado instructor en una multitudinaria comida con el líder del Partido Popular en Cataluña, o las opiniones manifestadas por la asociación de jueces a la que pertenece uno de los Magistrados que forman Sala, junto a otras semejantes. Estas motivaciones son, en ocasiones, similares, si no idénticas, a otras que ya habían sido claramente desestimadas en otros casos por el Tribunal Constitucional. Además, la Sala ha puesto de relieve cuál es la verdadera finalidad de la invocación de falta de imparcialidad:

«El ejercicio del legítimo derecho a la recusación de los integrantes de un tribunal, como medio para garantizar un proceso justo, ha dejado paso a una recusación concebida para laminar, mediante la insistencia, la credibilidad pública del Tribunal Supremo y su apariencia de imparcialidad. El desarrollo de este juicio, sin precedentes en su duración e intensidad, ha sido contumazmente presentado como un tedioso y prescindible trámite para llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, única instancia capaz de deshacer la injusticia de nuestra sentencia. Ni siquiera al Tribunal Constitucional se le reconoce capacidad para otorgar amparo frente a las vulneraciones de derecho que pudieran ser denunciadas. El Tribunal Constitucional ha sido presentado, por la mayor parte de los procesados, como el responsable verdadero del proceso secesionista, al haber

declarado la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña».

En realidad, como apunta con corrección la Sala 2ª y se deduce con claridad de la fundamentación de los recursos presentados a lo largo de todo el procedimiento contra todos los Magistrados que han tenido protagonismo en el mismo, el desprestigio de todo el sistema de justicia del Estado es el objetivo principal perseguido por los independentistas. Por eso, precisamente, una vez que ha terminado el proceso mediante sentencia, en el IOI se limitan a mencionar que los «observadores internacionales y nacionales» califican a la Sala como parcial: cualquier invocación razonada carece ya de importancia, sólo la descalificación directa, sin argumentación, de la actuación del Tribunal, tiene en este momento un sentido para los «observadores».

2.6. DERECHO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

En cuanto a la alegada conculcación del derecho a la práctica de la prueba, por falta de contemplación, al tiempo que declaraban toda una serie de testigos, del visionado de cierto material, debe decirse que, una vez más, la invocación carece de soporte material. En efecto, todos los vídeos aportados por las partes fueron contemplados en la documental, todos, a los que se dedicó un espacio de varias horas para su completa reproducción. Ninguna testifical justificó suficientemente en momento alguno que el visionado de algún concreto material resultara verdaderamente imprescindible para una particular declaración, ninguna, por lo que en el correcto ejercicio de sus potestades de dirección de la Vista el Presidente de la Sala dispuso que se contemplaran los vídeos con la documental al final del Juicio Oral.

En todo caso, en la crítica que se efectúa por el IOI a este respecto, en ningún momento se justifica la concreta quiebra del derecho a la prueba que hubiera podido producirse en relación a la particular declaración de cualesquiera testigos, y desde luego las protestas efectuadas durante la Vista en este sentido fueron escasas. Además, habiéndose proyectado todos los vídeos, aun en un momento distinto a cuando alguna de las defensas lo pretendían, no se puede sostener jurídicamente que se haya generado indefensión.

En cuanto a la valoración del contenido del material audiovisual, pareciera que el momento procesal oportuno para realizarlo fuera en el trámite de informe a efectuar por defensores y acusadores; o como ha dicho la Sala: «… es en el momento de las conclusiones definitivas y del informe final, cuando las partes —acusaciones y defensas— pueden extraer de cada fuente de prueba el valor jurídico que quieran atribuirle» (pág. 165 de la Sentencia).

2.7. DESIGUALDAD DE TRATO

Se denuncia, también, una teórica desigualdad de trato que el Tribunal habría otorgado a los testigos de la defensa en relación con los de la acusación. Eso sí: no se menciona

un solo supuesto que pudiera servir de muestra de la denuncia, nada. De nuevo, la más absoluta falta de motivación de la crítica, y, por ello mismo, la imposibilidad de contra argumentar. Afortunadamente la Vista Oral ha sido una de las más contempladas en la historia no sólo de la justicia española sino, seguramente, una de las más visionadas en la historia del mundo, y afortunadamente también todas sus sesiones son accesibles desde diversas plataformas al alcance de todos los públicos: pocas veces en la historia se habrá observado más pulcramente el principio de publicidad, lo que es motivo de orgullo para los ciudadanos españoles. Se ha «realizado» la Constitución de 1978 en uno de los momentos más «delicados» de nuestra historia reciente.

En todo caso, ninguna protesta formal se formuló durante la Vista por ese, ahora, invocado trato desigual. Es decir: ni siquiera los letrados de la defensa lograron vislumbrar durante el desarrollo de la Vista Oral, lo que ahora los llamados «observadores internacionales y nacionales» ven. Eso sí: sin referirse a un sólo caso concreto de las muchas testificales prestadas durante la Vista.

2.8. PRESUNTA DETENCIÓN ARBITRARIA DE LOS ACUSADOS

Por lo que importa a la prisión preventiva sufrida por los condenados, se afirma en el IOI:

> «La alegada violación por el mantenimiento de dos años de prisión preventiva a los acusados tiene un llamativo silencio en la sentencia que solo se entiende desde una no menos llamativa omisión: absolutamente nada se dice en torno a la declaración como "arbitraria" de las prisiones así calificadas por el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas».

Añadiéndose a lo anterior, aunque en lugar precedente:

> «Un tema de máxima trascendencia como éste, es ventilado por la sentencia en una página (pág. 161)».

Nada más falso. La Sentencia 459/2019, en su página 161, aborda el problema de la libertad/prisión de los ahora condenados, pero también contempla el problema, bajo distintas perspectivas (incluida la de medidas cautelares alternativas a la prisión), en las páginas 248 y ss., y lo hace de una manera extensa. En esta resolución el Tribunal, apoyándose en otras decisiones como el Auto de 25 de enero de 2019 o el de 26 de julio de 2018, valora la cuestión planteada con apoyo en la Jurisprudencia constitucional y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que se refiere a la prisión preventiva, se trata, como afirma el TEDH (caso Selahattin Demirtas contra Turquía, de 20 de noviembre de 2018), de un período durante el cual se completa la investigación criminal, perfeccionando o rechazando las sospechas que llevaron al arresto. Debe tenerse en cuenta que los hechos que fundamentan las dichas sospechas, no han de ser del mismo nivel que los necesarios para justificar una condena; han de tratarse, no obstante, de sospechas atendibles, fuertes, que permanezcan durante todo el tiempo de la detención (TEDH, caso Ilgar Mammadov contra Azerbaiyán, de 22 de mayo de 2014). Precisamente esto es lo que ha ocurrido en el caso del procés, culminado

con una sentencia condenatoria, donde desde el primer momento no sólo se sospechaba de la participación de los procesados en la comisión de hechos delictivos, sino que se tenían certezas provisionales acerca de su protagonismo en ellos, no debiendo olvidarse en ese sentido que la mayor parte de los, posteriormente, condenados, ostentaban cargos públicos, algunos electivos, otros por designación (en el Gobierno catalán). Las dichas certidumbres sobre el protagonismo de los procesados fueron acentuándose a medida que se acumulaban indicios, y hasta el momento de la Vista Oral.

La necesidad de que permanecieran en prisión los procesados esperando la Vista y conjurando el riesgo de fuga (no debiendo olvidarse, como ya se ha dicho, que varios de los implicados en los hechos están prófugos en el extranjero), el juicio, en definitiva, sobre la necesidad del dictado de la medida cautelar, incluye, como se afirma en la Sentencia (pág. 250 de la misma) una valoración sobre los contactos internacionales de los procesados (en este sentido, TEDH, caso Selahattin Demirtas contra Turquía, de 20 de noviembre de 2018). Estos eran, en este caso, evidentes, pues como se ha puesto ya de manifiesto, parte fundamental de la estrategia sediciosa ha estado volcada en el exterior, y sigue estando en el momento presente. Por ello, precisamente, no era posible, como con acierto valora la resolución de la Sala 2ª, dictar medidas alternativas a la prisión preventiva, pues fácilmente hubieran podido los acusados burlarlas uniéndose a sus compañeros en rebeldía.

2.9. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Finalmente, no es inoportuno referirse, aunque sea brevemente, a los actos de malversación de caudales públicos realizados por parte de los condenados. Nada se ha dicho de esto en el IOI. Nada se dice acerca de que algunos de los condenados utilizaron dineros públicos que habían sido democráticamente asignados a diferentes finalidades públicas, para perseguir sus particulares intereses ideológicos.

No se entiende en este sentido cómo los «observadores internacionales y nacionales» santifican con esta omisión lo que se considera uno de los mayores crímenes que puede cometer un servidor público: la malversación.

3. CONCLUSIONES

A modo de desenlace puede decirse que los hechos que están en la base de la Sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, son los más graves que ha sufrido el orden constitucional español desde el Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. Éste se resolvió jurídicamente con una condena, emitida por un tribunal castrense, a larguísimos años de prisión por un delito de rebelión militar; y no es inoportuno añadir aquí que los condenados no cumplieron en su totalidad la pena de prisión, y que tampoco lo hicieron en malas condiciones carcelarias.

En este caso no se trata de militares de mayor o menor graduación, sino de los más altos representantes del Estado en la Comunidad Autónoma de Cataluña, que aprovecharon su posición para, haciendo uso de recursos públicos que fueron malversados, como ha quedado probado en la Sentencia del Tribunal Supremo, y sorteando todos los controles establecidos al efecto, dirigirse contra el propio Estado del que eran servidores. Para ello, no dudaron en crear un clima que ha provocado una enorme conflictividad social, entre una mayoría constitucionalista y la minoría independentista, que, sin embargo, tiene más representación que aquélla en el Parlamento de Cataluña. De ello se han valido los independentistas para, negando los derechos de la minoría parlamentaria y conculcando normas muy diversas, imponer a la mayoría de la población las tesis de aquélla minoría social.

Ese atentado contra las instituciones democráticas y el orden público llevado a cabo con la quiebra de todo el Ordenamiento Jurídico interno (Constitución y Estatuto de Autonomía de Cataluña, principalmente), ha provocado lo que materialmente ha sido el resultado más grave de la intentona golpista: la división social manifestada en todo tipo de estructuras sociales, incluidas las familiares, que fundamentan la convivencia pacífica en Cataluña. Una división que es tanto más peligrosa, profunda y difícil de restañar, cuanto que no se han obviado planteamientos claramente discriminatorios.

Estamos, pues, ante una fractura social, la provocada por el independentismo, que es dentro de su contexto geográfico, quizás, la más grave desde nuestra última Guerra Civil y sus prolongadas secuelas. Es más, sin perjuicio del diálogo que, forzado por las mayorías parlamentarias, algunas instancias políticas constitucionalistas están manteniendo con representantes de los independentistas, no es arriesgado afirmar que la división provocada en la sociedad catalana se ha contagiado al resto de España. En consecuencia, y en buena medida, hay que retomar la tarea que se inició tras la muerte del Dictador, y que inauguró en el marco de la democracia el diálogo entre las «Españas», las cuales habían estado divididas durante cuarenta años.

La Sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, ha impuesto unas penas que desde la perspectiva social pueden, incluso, parecer moderadas a la vista de la enorme gravedad de los delitos cometidos por los condenados: su conducta ha sido capaz de lesionar no un mero, por más que importante, bien jurídico individual, sino que ha demolido la paz social, la concordia ciudadana, y, en grado sumo, el orden público. Cuando algunos afirman que se trata de condenas de prisión excesivas, se pasa por alto el hecho de que para no pocas personas de Cataluña el clima social les resulta asfixiante, ya que dificulta las propias relaciones interpersonales; que muchos ciudadanos ven cómo todos los días el Gobierno que debería representar a todos los ciudadanos actúa como agente del independentismo, alentando a sus miembros y organizaciones más radicales a levantarse contra el orden instituido; que se acosa a la Policía Autonómica por su compromiso con la restauración del orden público, alterado por grupos extremadamente violentos, que han causado decenas de lesionados, alguno de ellos de extrema gravedad; que se ha perjudicado notablemente la economía catalana, haciendo que agentes económicos importantes hayan abandonado la comunidad autónoma e impidiendo que otros llegaran; que se ha alterado la normalidad educativa hasta niveles grotescos; más un amplio etcétera que pone de manifiesto la quiebra

de una sociedad que hasta la llegada del independentismo mostraba ser tolerante, democrática y abierta, en línea con el resto de la sociedad española.

La resolución del Tribunal Supremo no ha cerrado, en esta ocasión y al contrario de lo que sucedió con el anterior Golpe de Estado, las heridas abiertas durante los largos años en los que el conflicto no ha hecho más que agudizarse. En este sentido, vemos con preocupación cómo la manipulación de la realidad, una de las características del proceso independentista, continúa en el análisis pretendidamente jurídico que se ha efectuado de la Sentencia por la plataforma de «observadores internacionales y nacionales». Como se puede leer en el presente escrito, pocas de las afirmaciones efectuadas por los «observadores» se compadecen con la realidad: se alteran los términos de la Sentencia, se manipulan, se afirma que tal o cual tema no ha sido tratado cuando la realidad es la contraria, se hace mención a irresueltas alegaciones que en realidad han sido ya abordadas en otras resoluciones que tienen su propio trayecto, etc.

En fin, se observa, esto sí se «observa», que al menos por los firmantes del IOI no hay voluntad alguna de superar la confrontación. Más bien parece que lo que se pretende es que la situación se encone todavía más.

Por todo lo anterior, sería conveniente que los autores del IOI salgan a la luz, que firmen con nombre y apellidos, y no se protejan detrás de unas siglas, con alguna frecuencia reiteradas bajo distintas denominaciones, y asuman personalmente unas afirmaciones jurídicas tan difícilmente defendibles. Solo así se podrán sentar las bases para un debate jurídico fundamentado.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2…).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al

revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ^{2}2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

• Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula solo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. ([2]2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

• Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

• Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

• Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios)
Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.
CARHUS PLUS : valorada como A
RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).
Incluida en revistas jurídicas interdisciplinares. La mejor valorada por los expertos

http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to mantain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in *n* sections, from 1 to *n*; each subsection can also be divided from 1 to *n*, and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2…).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requeriments mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropiate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the

title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ^{2}2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferible to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compilator…, preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availabilty, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the qualitiy criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms)
Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal Teoría & Derecho has been indexed in February 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.
CARHUS PLUS : Position A
RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.
http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)
http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.
ISOC: Abstracts in Law
CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

http://teoriayderecho.tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los prinicipios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los edtiores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractacion o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsabilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit orginals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develope the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the revieweres to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor´s own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the oppotunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication fromt the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).