

## “La Sentencia del Proceso”

*Santiago Muñoz Machado*

### **1. Lo que la sentencia enseña de la vida política en España.**

Una parte bien amplia del espejo de España lo ocupan estos días las críticas que está recibiendo la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 459/2019 de 14 de octubre de 2019, recaída en la causa seguida contra los independentistas catalanes Oriol Junqueras, Raül Romeva, Carme Forcadell y otros, por los delitos de rebelión, sedición, malversación, desobediencia, y pertenencia a organización criminal. No pueden ser más discordantes. Algunos consideran que el tribunal sentenciador ha hecho un ejercicio de prestidigitación jurídica para poner a los condenados en el umbral de salida de la cárcel, que podrán abandonar en breve. Otros que la decisión de los magistrados es cruel, vengativa, excesiva. Un tercer grupo cree que se han dejado llevar por las conveniencias políticas y por la ligereza de querer conseguir una posición unánime a cualquier precio, o mejor, al precio de no utilizar el tipo penal más adecuado a lo acontecido, que era la rebelión; o, en el extremo contrario, por no aplicar ninguno, dada la manifiesta dificultad de subsumir los hechos en cualquiera de los dos tipos penales principales (rebelión, sedición ) invocados por la acusación.

Estamos a punto de transformar al magistrado ponente, que hasta la Sentencia fue un héroe, un sabio conductor del proceso que admiró a las gentes que siguieron las retransmisiones en directo por su sabiduría, firmeza, capacidad de seducción y liderazgo, ironía y precisión en el uso del lenguaje, en un villano acomodaticio. Y, una vez desenmascarado, algunos comentaristas están afilando los clavos para crucificarlo.

*Sic transit gloria mundi* don Manuel. ¡Vaya país!

Porque la verdad es que usted y sus compañeros han hecho muy bien lo que tenían que hacer, que es cumplir con su oficio de jueces, encerrarse en sus despachos, estudiar, comprobar los hechos utilizando todos los medios de prueba, cerrar los oídos a todas las presiones que han caído sobre sus anchas espaldas, deliberar con detenimiento y paciencia, y resolver el caso más delicado políticamente con el que se ha enfrentado la Justicia española desde no sé cuando. Con seguridad, no se había visto proceso igual desde que la Constitución estableció un Estado social y democrático de Derecho en España. Ni siquiera el del 23 F es equiparable. Cuando el golpe de estado militar la sentencia ponía punto final a una historia lamentable. En el caso del “proceso” queda todavía mucho camino por andar, aunque no se sabe hacia dónde.

El resultado de su trabajo es, a mi juicio, jurídicamente irreprochable. La habrán leído pocos de sus críticos porque es muy larga y, además, no siempre es

fácil de entender para quienes no tengan formación jurídica, pero su argumentación tiene pocos flancos débiles. Cosa distinta son las valoraciones políticas (sus efectos sobre el independentismo, las consideraciones sobre si generará arrepentimiento en los condenados o contribuirá a recrudecer el problema catalán), que el tribunal ha dejado por completo al margen de su razonamiento.

Quizá, como excepción, el único deslizamiento hacia la política que puede encontrarse en la sentencia, está en las consideraciones que hace la sala juzgadora sobre la falsedad dominante en toda la operación independentista, promovida en el marco de una gran simulación que encubría la convicción de los principales responsables de que no era posible la separación de España, la creación de una república independiente, el ingreso inmediato del Estado de Cataluña en la Unión Europea y otras “ensoñaciones” con las que engañaron al pueblo. Dicen algunos críticos de esta argumentación del tribunal que se introduce en consideraciones psicológicas, concernientes a la concurrencia de reservas mentales, y que se aparta de la evaluación objetiva de las pruebas, que es lo que un tribunal puede y debe hacer. Pero, a mi juicio, no tienen razón quienes sostienen tales objeciones. Es bastante común que los tribunales indaguen sobre la voluntad de las personas cuando tienen que decidir sobre el nacimiento de obligaciones y compromisos de cualquier clase, o sobre la concurrencia de dolo, por citar lo más elemental. Por otra parte, en el caso juzgado, algunos procesados y testigos, han dicho que la declaración de independencia no iba en serio; de hecho, la retiraron o suspendieron nada más enunciarla con poquísima convicción. También otros activistas del “proceso” que no se han sentado en el banquillo, han manifestado a los medios de comunicación que no había intención de llevar a la práctica la independencia, sino que se pretendía forzar una negociación.

En último término, a un tribunal no deben escapársele nunca los *facta concludentia*, es decir las pruebas que resultan de lo que es evidente y forma parte de las convicciones sociales no controvertidas: nadie ponía en duda que el “proceso” era una carrera hacia ninguna parte, iniciada con un punto de insolencia y espíritu supremacista, pero con plena conciencia de que todas las medidas que se iban adoptando ni tenían validez alguna (como iba advirtiendo a cada paso el Tribunal Constitucional) ni posibilidad de imponerse.

Lo que ocurrió es que, cuando el grupo aventurero de independentistas con responsabilidades institucionales llegó al borde del precipicio, asombrose de que no ocurriera nada, de que el gobierno del Estado, más allá de la retórica, respondiera con una atronadora inacción. Y entonces no supieron por donde seguir. Se pasmaron. Retrocedieron mientras se precipitaban al vacío. Si hubieran dado un paso más, probablemente hubieran sido muy difícil evitar la inercia. El discurso del Rey de 3 de octubre de 2017 indicó a las claras las responsabilidades en que estaban incurriendo los separatistas y lo insoportable de sus deslealtades. Todo se paralizó entonces hasta que los resultados de unas nuevas elecciones autonómicas relanzaron el movimiento.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido que considerar todas estas cuestiones porque sus miembros las han conocido, además de por las

declaraciones de procesados y testigos en el periodo de prueba, como ciudadanos activos de un Estado de Derecho en el que la opinión pública y los medios de comunicación tienen una fuerte presencia y son capaces de hacer públicas evidencias generalmente compartidas. La Sala tenía que considerar en qué medida la voluntad expresada por los independentistas coincidía o no con lo realmente querido.

Hay que sumar a las simulaciones descritas el problema grave de la falta de una tipificación adecuada de los hechos en nuestro Código Penal. Lo ocurrido en Cataluña en 2017, y lo que sucede hoy mismo, y lo que venía pasando desde 2012, y las estrategias desarrolladas por sucesivos gobiernos de la Generalitat para elevar y generalizar el independentismo, ha sido de una extraordinaria gravedad y así se apreciaría en cualquier Estado de Derecho merecedor de ese nombre. Se concreta en un desafío a la Constitución, en una constante manipulación o desobediencia a la legalidad, en un ataque a la integridad territorial, que es un principio constitucional especialmente protegido en todas las Cartas Magnas de los Estados democráticos. En todos se reprimen estas conductas aplicando leyes de seguridad, de emergencia y códigos penales que castigan severamente los atentados contra la unidad territorial. Sin embargo, los artículos 472 y 473 (rebelión), 544 y 545 (sedición) de nuestro Código Penal, están anclados en concepciones periclitadas, aunque históricamente clásicas, como los alzamientos, la bullangas y el golpismo. Ha pasado más de siglo y medio desde que, en España, esta clase de movimientos eran cosa de todos los días. Ahora, considerando la nueva práctica del secesionismo, es inevitable aplicar los tipos penales históricos con adaptaciones a la situación social de nuestro tiempo ( lo que queda dentro de las reglas más elementales de interpretación jurídica) o crear tipos penales nuevos. En verdad, considerando el impresionante desarrollo de los movimientos independentistas, habría que mejorar las herramientas legales que se ponen en manos de los jueces para que puedan resolver con más seguridad los problemas existenciales del Estado. Más aun si se llega al caso de que los Gobiernos les endosan sus responsabilidades y los ponen en el disparadero.

## **2. La adición a las vulneraciones de derechos procesales.**

Hechas las anteriores consideraciones, centraré el comentario a la sentencia en tres aspectos que creo que la resumen y tratan de lo principal: primero, la preservación del derecho de los ahora condenados a un proceso justo y el escrupuloso cuidado por garantizar los demás derechos constitucionales implicados; segundo, las causas de exoneración criminal de las conductas enjuiciadas, que fueron invocadas en el juicio; y tercero, el examen de los tipos penales en que pueden subsumirse los hechos probados.

Me refiero sucesivamente al tratamiento de estas tres cuestiones en la Sentencia.

La primera de ellas concierne a sus respuestas a las invocaciones por las defensas de vulneraciones masivas de derechos fundamentales. Tienen estas diversas ramificaciones: un grupo extenso se refiere a derechos de carácter procesal protegidos por el artículo 24 de la Constitución. Las agresiones al derecho

a un proceso justo habrían ocurrido, a), por decisiones adoptadas durante la instrucción o en las decisiones de carácter preparatorio, hasta llegar a los escritos de acusación; b), por lo acontecido durante el proceso.

La impresión que obtengo de la lectura de los fundamentos de estas impugnaciones es que la mayoría están hechas de cara a la galería (quiero decir: para llamar la atención de las personas, nacionales o extranjeras, que han observado el juicio con ánimo crítico y necesitaban que los letrados mostrasen las inconsistencias en que se ha incurrido al celebrarlo, o enseñasen los déficits del Estado de Derecho español). No están escritos con la esperanza de que los jueces las aprecien ni de que los juristas que las lean se las tomen en serio. Lo digo con todo respeto a los letrados intervinientes y dando a mi valoración el siguiente sentido: primero, bastantes alegaciones concernientes a vulneraciones de derechos procesales se hacen porque estos derechos están protegidos por el artículo 24 de la Constitución, que, como cualquier iniciado sabe, ha sido tratado por los abogados, en la práctica, como un cajón de sastre que permite abrir el camino hacia el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en caso de que la sentencia recaída no estime las pretensiones de parte.

Por otra parte, el conjunto del alegato sobre vulneraciones de derechos procesales resulta manifiestamente hiperbólico. Son tantos y tan reiterados, según las defensas, los desconocimientos de las reglas procesales más elementales que se imputan al Tribunal que pareciera que estaba formado por estudiantes de Derecho o que se trataba de un juzgador tercermundista.

En fin, y quizás sobre todo, casi todas las violencias ejercidas sobre los derechos procesales que se han enunciado por las defensas, forman un paquete típico de alegaciones de las que ha conocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos humanos en decenas de ocasiones. Existe una amplísima jurisprudencia que ha aclarado qué circunstancias tienen que concurrir para que se produzcan esa clase de lesiones. Los abogados siempre insisten en utilizar tales argumentos y tratan de demostrar que su caso es distinto de cualquier otro anterior en que la misma argumentación haya sido rechazada. Pero también estas pretensiones resultan, la mayor parte de las veces, artificiosas.

He aquí algunos alegatos de la clase indicada y, si hace al caso, las razones de su rechazo por la Sentencia:

Era casi obligada una referencia al derecho a utilizar la lengua catalana en el proceso. En conexión con él, la competencia territorial de los tribunales de Cataluña para conocer de la causa, el derecho al juez predeterminado por la ley (los tribunales catalanes y no el Tribunal Supremo), el derecho a la doble instancia procesal y el derecho a un juez imparcial.

Todos estos supuestos quebrantos del artículo 24 de la Constitución los resuelve la sentencia con razonamientos bastante contundentes que se limitan a aplicar una doctrina sobre la que no hay controversia ni en la jurisprudencia ni entre los autores que han examinado el contenido y límites de los derechos invocados. Por ejemplo, no es controvertido que el derecho a la utilización de la

lengua propia concierne a los procesos que se desarrollan ante tribunales donde esa lengua es cooficial; en Cataluña, por tanto, y no en el resto de España. Pero, como añade la Sentencia, aun si fuera de otra manera, el juicio se desarrolló sin que hubiera protestas sobre el uso del castellano, y también fue palmario que a lo largo de todo el proceso los inculpados mostraron una perfecta comprensión de todo lo que estaba ocurriendo, de las posiciones que mantenían acusaciones y defensas y de cuanto se les preguntaba a ellos.

Respecto al derecho a una doble instancia, es decir a que las acusaciones puedan ser examinadas al menos por dos órganos judiciales, uno de instancia y otro de apelación o casación, que tantas veces han reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los acusados han sostenido que, al intervenir el Tribunal Supremo directamente, no habrá recursos contra su decisión. Pero, en verdad, este es un asunto resuelto por la jurisprudencia de los Tribunales indicados de forma inequívoca: se trata de un derecho de configuración legal, sometido a lo que las leyes determinen; se puede invocar pero dentro de los límites de la legislación que lo configura. Y, sobre todo, está aceptado por toda la jurisprudencia europea que cabe excepcionar ese principio cuando la causa la ha resuelto el más alto tribunal de justicia del Estado, como es nuestro Tribunal Supremo.

Muchas impugnaciones de lo actuado se han centrado en discutir la imparcialidad de los miembros del tribunal juzgador. Por razones de orden personal, por su participación en decisiones que, de alguna manera, los contaminan, por la concurrencia del deber de abstención...Todas estas cuestiones son examinadas detenidamente por la Sentencia y resueltas con argumentos que no se separan de la interpretaciones de la legalidad más asentadas.

El carácter hiperbólico de los alegatos de las defensas es manifiesto algunas veces. Por ejemplo, cuando se afirma que existe una “evidente e inevitable camaradería” entre el Fiscal General del Estado que presentó la querrela y la Sala juzgadora porque aquél actuó durante muchos años como fiscal de la Sala. Le resulta fácil al Tribunal desestimar estas insinuaciones de amistad manifiesta como impedimento de la imparcialidad.

También se rechazan otras invocaciones de vulneraciones de derechos utilizando una jurisprudencia reiterada, que se ha vuelto a aplicar sin ninguna modulación o cambio, es decir, tomando como referencia los antecedentes. De esta clase son las referencias al derecho a la defensa (con diversas expresiones: dificultad para la preparación de la defensa por estar los procesados privados de libertad; dificultades de acceso completo a las actuaciones; denegación de algunas pruebas solicitadas por los procesados), al derecho a la presunción de inocencia por algunas declaraciones formuladas a la BBC por una secretaria de Estado del Gobierno español; al derecho a un proceso con todas las garantías por participar como acusación un partido machista y xenófobo (Vox); utilización de un derecho procesal de excepción...

Un grupo de vulneraciones de derechos invocadas se refiere a la no aplicación del principio de legalidad, que habría consistido en que la interpretación

de la ley mantenida durante la instrucción, en el auto de procesamiento y en los escritos de acusación, ha sido sorprendente e imprevisible, de modo que los procesados no pudieron tener en cuenta las consecuencias penales de su conducta. Explica el Tribunal, para contestar este alegato, cómo funciona el principio de legalidad penal de acuerdo con una jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Constitucional. Y compara las exigencias del principio de legalidad y lo acontecido en el proceso sin encontrar finalmente motivo alguno para la queja.

### **3. La unidad territorial ofende derechos fundamentales.**

Todas las referencias de las defensas a derechos fundamentales vulnerados están precedidas por una consideración general que sí es manifiestamente original: se afirma por las defensas que la vulneración de derechos es consecuencia de la sobreprotección de la unidad territorial de España. Es decir, que la fuente de tanta agresión a los derechos estaría en la defensa de la unidad territorial por los órganos del Estado, principalmente por la Fiscalía y la Justicia. Tanto celo de la Justicia y sus colaboradores ha creado un ambiente en el que algunos derechos fundamentales no pueden ejercerse.

Al Tribunal le resulta fácil rechazar esta alegación: la unidad territorial de un estado, asegura, no es “una extravagancia que singularice nuestro sistema constitucional”, sino la proclamación de un valor que está consagrado en todas las constituciones europeas. Ofrece la sentencia un muestrario para ilustrar su afirmación. Y acto seguido considera que las acciones de la Fiscalía y de los Tribunales se producen dentro del ámbito de sus competencias para evitar acciones contra el Estado democrático de Derecho. En definitiva, que el principio de unidad territorial del Estado no es contrario al ejercicio de los derechos, ni tampoco a que la Justicia intervenga para proteger la legalidad constitucional.

Otro bloque extenso de alegaciones sobre vulneraciones de derechos se refiere a las que se habrían producido, según concluyen los letrados de los procesados, durante las sesiones del juicio oral. Por ejemplo, por imposibilidad de confrontar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica; por las restricciones impuestas a los interrogatorios de las defensas; por la supuesta asunción de un rol acusatorio por parte de la presidencia del Tribunal ... Todas estas consideraciones tienen una prueba en contrario contundente. La respuesta que el Tribunal les da, explicando por qué razones no pueden ser estimadas, la podrían ratificar los miles de personas que han seguido la retransmisión del proceso y comprobado la escrupulosidad con la que se ha desarrollado.

### **4. El derecho a decidir exonera de cualquier responsabilidad criminal.**

El segundo gran bloque de cuestiones digno de ser resaltado lo forman las invocaciones de derechos que justifican las actuaciones de los procesados y las exoneran de responsabilidad criminal.

La primera de estas justificaciones es el “derecho a decidir”. La Sala examina puntualmente esa alegación para concluir que dicho derecho no existe ni en el

marco jurídico internacional ni en el nacional. Se extiende en el análisis de los textos internacionales que las defensas invocan como apoyo normativo del derecho de autodeterminación. Es decir, la resolución 1514 (de 14 de diciembre de 1960) de la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas, la resolución 1541 adoptada por la misma institución el mismo día, y otras resoluciones derivadas de alcance parecido. Los límites del derecho de autodeterminación, establecido con carácter general para países y pueblos coloniales, tiene un límite que han establecido otras declaraciones de ámbito internacional. Por ejemplo, la Declaración y programa de acción de Viena aprobados por la Conferencia mundial de derechos humanos de 25 de junio de 1993, que afirma que ningún reconocimiento del derecho de autodeterminación “se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna”. La sentencia examina estas y otras declaraciones aplicables a los límites del derecho de libre determinación.

En el orden internacional, la sentencia se ocupa de rechazar las alegaciones de las defensas que pretendieron que se aplicara a Cataluña la experiencia canadiense (respecto del referéndum de independencia de Quebec, examina la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998). Remarca las diferencias con la secesión de Montenegro, la independencia de Kosovo, y el referéndum de independencia de Escocia.

Estos ejemplos conducen al Tribunal a concluir que el ejercicio del “derecho a decidir” no es posible fuera de los cauces constitucionales. Los ejemplos examinados permiten verificar cómo en ningún Estado se ha ejercido tal derecho si no es en base a una previsión constitucional, o a la ausencia de impedimentos constitucionales. En el caso de nuestra Constitución, concluye la sentencia, el Tribunal Constitucional ha reiterado muchas veces que la Constitución vigente no reconoce el derecho a la autodeterminación, por lo que solo mediando una reforma sería posible su ejercicio (remito, para sustituir el comentario que ahora no me resulta posible, a mi libro *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014)

Y habría que hacerlo, en tal caso, dentro de los límites de la legalidad. Obvia es, desde luego, esta última consideración. Pero es jurídicamente tan escandalosa la cultura jurídica que se ha consolidado en Cataluña, que no sobran los énfasis aclaratorios. Cada vez que los líderes independentistas afirman en sus discursos que el derecho de autodeterminación está reconocido en el Derecho internacional a todos los pueblos, me pregunto a qué clase de trastorno puede deberse esta insistencia en reiterar en público una afirmación errónea. Dejo al margen que sea un discurso táctico para engañar al sufrido pueblo. No considero tampoco la probabilidad de que sean, los que tal cosa dicen, políticos ingenuos confundidos por los informes de algunos de los mentores intelectuales del “proceso”, ocultos tras las bambalinas. O también que se trate de personas que por su formación o especialidad no entiendan que el Derecho internacional, o el interno, no está formado por reglas que puede inventarse cualquiera a su gusto con ocasión de un

discurso político. Pero, hechos todos estos descartes, me siguen impresionante las manipulaciones constantes de la legalidad que tienen continuamente en la boca los protagonistas del movimiento independentista. Sin turbarse nunca. Creo que sería más honesto que en el catecismo del buen separatista figurara la honesta discrepancia con lo establecido en la legalidad estatal e internacional y su fe en que se trata de materia de muladar, pero es desconcertante la demostración continua de falta de comprensión de una realidad legal que tiene enunciados bastante sencillos de entender y que tendrían que afrontar si quieren cambiarla.

Además de esa insistencia en afirmar que el “derecho a decidir”, está internacionalmente reconocido y lo ejercen con cierta frecuencia pueblos democráticamente organizados, otras manifestaciones del desconcierto se hacen visibles en la invocación de diversos derechos fundamentales. Se aluden, en defensa de sus pretensiones, no solo derechos inexistentes, como el antes aludido, sino también otros consagrados en la Constitución, pero interpretándolos de forma insólita, al margen de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales asentadas.

A tal propósito son buenos ejemplos las referencias a la derogación del delito de convocatoria de un referéndum ilegal, la inviolabilidad parlamentaria o el derecho de desobediencia civil. La sentencia contesta a estas alegaciones trayendo de nuevo al caso una doctrina y jurisprudencia sin fisuras.

Lo mismo hace la Sentencia cuando se invoca, como derechos vulnerados el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad ideológica, el derecho a la representación política, etcétera. El ejercicio de estos derechos, según se han invocado en el juicio, sería causa exoneratoria de la responsabilidad criminal. Respecto de los correspondientes alegatos, la argumentación de la sentencia es reiterativa y se basa en principios elementales: todos esos derechos tienen límites, muy bien fijados en nuestro ordenamiento jurídico, que determinan su contenido lícito. Ni la libertad ideológica, ni la de expresión, reunión o representación política se han penalizado; no son supuestos de ejercicio de esas libertades los que han sido enjuiciados.

En fin, el tercer bloque de cuestiones principales de la sentencia lo forma el examen de los tipos penales en que pueden subsumirse los hechos probados.

## **5. Lo que ocurrió en 2017.**

Me parece imprescindible recordar cuáles son los hechos probados que recoge la sentencia:

Comienza el relato por la aprobación y publicación, el 8 de septiembre de 2017, de la Ley del Parlament de Cataluña 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. A lo largo de ochenta y nueve artículos y tres disposiciones finales, la Ley se atribuía la condición de norma suprema del ordenamiento catalán hasta que fuera aprobada la Constitución de la nueva República catalana. Proclamaba que Cataluña se constituía en una República de derecho, democrática y social, en la que la soberanía reside en el pueblo de Cataluña, y en Arán en el pueblo aranés, de los que emanan todos los poderes del



Estado. Delimitaba, acto seguido, su territorio. Declaraba abolida la monarquía constitucional, convirtiendo al presidente de la República en jefe del Estado catalán, que asumía su más alta representación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se transformaba en Tribunal Supremo de Cataluña, configurado como órgano superior de la organización judicial en todos los órdenes. El nombramiento del Fiscal General de Cataluña se atribuía al Parlament, a propuesta del Gobierno de la Generalitat, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. Declaraba la sucesión del Estado catalán en la titularidad de todos los bienes y derechos del Estado español en Cataluña.

Menciona, a continuación, la sentencia la Ley 19/2017, reguladora del llamado “referéndum de autodeterminación”. Se justificaba su aprobación por razones de legitimidad histórica y de tradición jurídica institucional del pueblo catalán, con el complemento del derecho de autodeterminación de los pueblos consagrado por la legislación y la jurisprudencia internacional. El acto de aprobación de la Ley se consideraba en el preámbulo como un “acto de soberanía”. Si el resultado de las votaciones en el referéndum reuniera más votos positivos que negativos, implicaría la independencia de Cataluña. Quedaba programado desde la Ley que, dos días después de proclamados los resultados, el Parlament celebraría una sesión ordinaria para efectuar la declaración formal de la independencia de Cataluña, concretar sus efectos e iniciar el proceso constituyente.

El 1 de octubre de 2017 los ciudadanos fueron convocados a responder en referéndum a la pregunta “¿Quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de república?” El Gobierno de la Generalitat hizo público, al término de la votación, que de un total de 5.500.000 personas con derecho a voto, votaron 2.286.217, de las cuales 2.044.058 votaron sí; cifra que representaba el 37% del censo electoral y el 27% de la población total de Cataluña.

No pudo constituirse previamente un censo electoral y se resolvió el problema aplicando el sencillo expediente de que cualquier ciudadano pudiera votar en el centro de votación que eligiera. No hubo un censo con garantías de autenticidad, dice la sentencia. Las mesas electorales se constituyeron con los ciudadanos que acudieron más temprano al centro de votación.

Tres días después de la celebración del referéndum, la Junta Electoral Central declaró que “No ha tenido lugar en Cataluña ningún proceso que pueda ser considerado como referéndum en ninguna de las modalidades previstas por el ordenamiento jurídico”. Ni por el sujeto que lo convocó, ni por la forma que se hizo, vulnerando resoluciones firmes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ni por su objeto inconstitucional, ni por la notoria ausencia de toda garantía de objetividad y transparencia. Concluía que carecen de todo valor los resultados.

El día 10 de octubre de 2017 el Presidente de la Generalitat compareció ante el Pleno del Parlamento para dar cuenta del resultado de la votación y manifestar que el mandato del pueblo era convertir a Cataluña en un Estado independiente en forma de República. Era lo que había previsto la Ley del referéndum de autodeterminación. Pero el Presidente añadió: “... con la misma

solemnidad el Gobierno y yo mismo proponemos que el Parlament suspenda los efectos de la declaración de independencia de manera que en las próximas semanas emprendamos un diálogo sin el que no es posible llegar a una solución...”.

Tras el discurso, los diputados de los grupos parlamentarios Junts pel Sí y la CUP-CC firmaron una declaración de independencia en la que acordaban constituir la República catalana como estado independiente y soberano; disponer la entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República; iniciar un proceso constituyente; declarar su voluntad de abrir negociaciones con el Estado español en pie de igualdad; comunicar a la comunidad internacional todo lo anterior apelando a todos los Estados a reconocer la República catalana como Estado independiente y soberano; e instar al Gobierno de la Generalitat a adoptar las medidas necesarias para hacer posible la plena efectividad de la declaración de independencia; finalmente llamaba a todos los ciudadanos a construir un Estado “que traduzca en acción y conducta las aspiraciones colectivas”.

El 27 de octubre de 2017 se presentaron al Parlament, por cuatro parlamentarios de Junts pel Sí y la CUP, dos propuestas de resolución que tenían por objeto: la primera, la declaración de independencia de Cataluña con un contenido idéntico al de la proclama hecha fuera del Parlament; la segunda, el inicio del proceso constituyente para la nueva república. Las propuestas se tramitaron y fueron votadas por 82 de los 135 diputados del Parlament. La declaración de independencia fue aprobada por 70 votos a favor, 10 votos en contra y dos abstenciones, de un total de 135 diputados autonómicos. No tuvo ningún efecto práctico, sin embargo, porque el 27 de octubre el Pleno del Senado aprobó las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de la Generalitat de Cataluña (ex artículo 155 de la CE) Dispuso el cese inmediato de todos los miembros del Gobierno de la Generalitat, la disolución de la Cámara legislativa autonómica, y la convocatoria de elecciones.

La declaración de independencia mencionada, comenta la sentencia, tuvo lugar sin atender ninguno de los requerimientos formulados por el Tribunal Constitucional, que había advertido, mediante notificaciones personales dirigidas a los acusados, de la ilegalidad de las iniciativas que estaban siendo promovidas. También se desatendió el efecto suspensivo de los actos del Parlament, como consecuencia de la impugnación de los mismos por el Gobierno de la nación. El Letrado mayor y el Secretario del Parlament tomaron nota de esas circunstancias y señalaron de las consecuencias del incumplimiento de las resoluciones prohibitivas del Tribunal Constitucional. El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña adoptó dos acuerdos, el 6 y el 7 de septiembre de 2017, en los que advirtió que las proposiciones de ley llevaban consigo la apertura de un plazo para dictamen de dicho Consejo. El Tribunal Constitucional declaró nulas dichas proposiciones, que suprimían trámites esenciales del procedimiento legislativo.

Las leyes antes citadas, de transitoriedad jurídica y de referéndum de autodeterminación, habían sido suspendidas por el Tribunal Constitucional el día después de su aprobación, y después declaradas nulas por las sentencias de 17 de octubre y 8 de noviembre de 2017.

Todas estas iniciativas legislativas y la actividad parlamentaria correspondiente traían razón de una serie de declaraciones anteriores del Parlamento catalán que arrancan de la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña. Invocando los resultados electorales de 27 de septiembre de 2015, aseguraba que el Parlament y el proceso de desconexión "... no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional". Naturalmente, el Tribunal Constitucional declaró nula esta resolución mediante sentencia 259/2015, de 2 de diciembre.

Una ulterior Resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, decidió la creación de una "Comisión de estudio del proceso constituyente". Su objeto era establecer los criterios para la desconexión con las leyes españolas a través de la vía de la unilateralidad. Es decir, apostilla la sentencia que comento, "a través de procedimientos ilegales". El Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la Comisión mediante Auto 170/2016, de 6 de octubre. Notificó y advirtió a la presidenta del Parlament y demás miembros de la Mesa de la Cámara, así como al presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat, de que tenían que abstenerse de dar cumplimiento a la Resolución mencionada.

También se admitió por la Mesa del Parlament, el 4 de octubre de 2016, la propuesta de instar al Gobierno de la Generalitat a celebrar un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña. La Resolución parlamentaria 306/XI, de 4 de octubre de 2016, proclamaba de nuevo el derecho a la autodeterminación de Cataluña. El Tribunal Constitucional declaró su nulidad por Resolución de 14 de febrero de 2017. Advirtió el Tribunal personalmente a la Mesa de la Cámara, al Secretario General, Presidente e integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que debían abstenerse de cualquier actuación conducente a la ejecución de la resolución impugnada.

Seguidamente se aprobó la Resolución parlamentaria 807/XI, de 7 de septiembre de 2017, por la que se designaban los miembros de la Sindicatura Electoral. El Tribunal Constitucional declaró nula esta Resolución mediante sentencia de 21 de octubre de 2017.

No son estas todas las actuaciones gubernamentales y parlamentarias que tiene en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo, sino que las complementa con otros muchos detalles que manifestaban la voluntad independentista y el protagonismo de los procesados. Por ejemplo, el acuerdo de una "hoja de ruta" hacia la independencia el 30 de marzo de 2015, o todas las medidas preliminares de gobierno y administración que facilitaban las acciones y contrataciones necesarias para la celebración del referéndum, como aprovisionamiento de materiales, elaboración del censo, voto por correo, página web informativa, etc.

También está explicada la acción de entidades de carácter social, con gran capacidad de movilización, como ANC y OC. Narra Sentencia la convocatoria de la población para que se concentrara en la sede de la Consejería de Vicepresidencia, Economía y Hacienda para evitar la ejecución de la decisión judicial de registrar las instalaciones de la Consejería. La comisión judicial fue gravemente forzada y

puesta en peligro por las actuaciones de los allí concentrados, que habían sido convocados por los señores Jordi Sánchez Picanyol y Jordi Guixart Navarro.

La sentencia incluye en sus hechos probados toda la actividad desarrollada para animar a la población a seguir adelante, a adoptar actitudes coactivas, y la sistemática desobediencia a cualquier resolución procedente de las instituciones del Estado.

Tras la pormenorizada explicación de los hechos probados, la Sentencia acomete su valoración jurídica. En todas las páginas anteriores de este comentario se han mostrado las alegaciones formuladas por los procesados y las contestaciones que va dando el Tribunal hasta plantearse finalmente en qué tipos penales pueden incluirse los hechos probados.

## **6. Por qué no hubo rebelión. La argumentación y sus comentaristas.**

La Sentencia desarrolla los siguientes bloques argumentales: “Los hechos no son constitutivos de delito de rebelión”; “Los hechos son constitutivos de un delito de sedición”; “Los hechos son constitutivos de un delito de desobediencia”; “Los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos”; “Los hechos no son constitutivos de un delito de organización criminal”.

Lo que más ha llamado la atención a los comentaristas y observadores de la posición del Tribunal ha sido el descarte de que los hechos puedan subsumirse en el delito de rebelión. El artículo 472 del Código Penal establece que “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”. En estos apartados se contempla de modo expreso actuaciones que se identifican con las ocurridas en Cataluña. Sin embargo, la sentencia excluye que haya rebelión porque este delito “exige como presupuesto que este sea público y violento”. La violencia es un elemento esencial del tipo. El Tribunal considera que la violencia puede ser física o también psíquica, compulsiva, equivalente a la intimidación grave. Pero asegura que no basta la comprobación de que han existido episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. “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”.

El Fiscal cree que esa forma de violencia ha existido, pero el Tribunal estima que la constatada es insuficiente “para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán... La efectiva potencialidad de los actos del autor es la línea que diferencia el comportamiento penalmente relevante de la mera difusión de un discurso que postule una opción política integrada por cualquiera de las finalidades del artículo 472 del Código Penal y, en particular, con la secesión territorial del Estado. El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución. Pero de tal manera que sea inequívoca la objetiva adecuación ex ante

entre los actos y el objetivo penalmente relevante”. Acepta el Tribunal que quedan excluidos de relevancia penal los casos de inidoneidad o ineficacia considerable, ya ex ante, que impediría afirmar que se ha colmado la exigencia típica de dar principio a la ejecución. Y respecto de este requisito, concluye el Tribunal que bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y, en fin, que la conjura fue 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”. El Estado mantuvo el control de la fuerza militar, policial, jurisdiccional e incluso social, “convirtiendo el eventual propósito independentista en una mera quimera”. Sus promotores “Eran conscientes, en fin, de que la ruptura con el Estado exige algo más que la obstinada repetición de consignas dirigidas a una parte de la ciudadanía que confía ingenuamente en el liderazgo de sus representantes políticos y en su capacidad para conducirles a un nuevo Estado que solo existe en el imaginario de sus promotores”.

Esto es lo fundamental de la argumentación que sirve a la sentencia para desestimar la concurrencia de un delito de rebelión.

Estima, en cambio, que existió delito de sedición. El artículo 544 del Código Penal establece que “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”.

No es preciso un comentario extenso sobre las razones en que se funda la sentencia para estimar la concurrencia de este delito. Aunque la Sala niega que sea un simple tipo menor de la rebelión, es razonable pensar que se ha inclinado por la sedición para dar una relevancia penal importante a lo acontecido..

Desde luego, la Sentencia que analizo se presta a valoraciones de todo orden. Pero algunas de las que se han puesto en circulación no tienen nada que ver con los conceptos y las técnicas jurídicas, sino que apelan a una utilización singular de la legislación penal, a un manejo de autor de las categorías del Código, para hacerle un traje a medida a los procesados. Muchos analistas, que carecen de técnica para manejar con precisión las argumentaciones de la Sala juzgadora, se arriesgan a formular críticas muy poco atendibles. Por ejemplo, ese criterio de la Sentencia de que la violencia en el delito de rebelión debe ser suficiente y dirigida a conseguir la secesión, coincide con la jurisprudencia consolidada en otros Estados sobre el riesgo real de que unos hechos produzcan los efectos que sus autores anuncian. Me recuerda la frecuencia con que el Tribunal Supremo de Estados Unidos utiliza el test del peligro inminente: no basta con que un sujeto declare que va a asesinar al Presidente sino que es necesario que sus acciones estén organizadas de modo que tengan una probabilidad cierta y real de conseguirlo.

Son preocupantes en un Estado de Derecho las opiniones de quienes creen que no hay materia delictiva en lo ocurrido en Cataluña, sobre todo en 2017. Esta posición se entiende en los políticos, que tienen que arriesgar declaraciones carentes de fundamento cuando son imprescindibles para justificar una acción política determinada. Sobre todo si, como es el caso, cuentan con una cohorte de asesores (al margen de los muy serios y comprometidos con la legalidad que ocupan cargos jurídicos en el Gobierno y el Parlamento de la Generalitat, que han demostrado una integridad profesional encomiable) que también estiman que es necesario prescindir de la “legalidad española”.

¿ De verdad es posible sostener sensatamente que no tienen relevancia criminal las actuaciones que describe la Sentencia, y que hemos reproducido más arriba? ¿Acaso ocurre en cualquier lugar del mundo desarrollado que una parte del Estado puede segregarse por su sola voluntad para constituir un Estado independiente? ¿Dónde están los ejemplos de que se trate de una simple manifestación de la libertad de opinión, o una consecuencia del principio democrático? ¿Tiene alguna posibilidad de triunfar la demolición del sistema constitucional a manos de una minoría territorial?

Son menos aventureras y desaforadas las opiniones de quienes creen que la condena ha sido timorata y claudicante, desproporcionadamente baja para la gravedad de lo ocurrido. Estos críticos por lo menos se apoyan en la aplicación de la legalidad vigente, aunque discrepen de la decisión adoptada en el caso concreto. Se automarginan, como los defensores de la impunidad, cuando descalifican a los tribunales y los acusan de estar al servicio de la política. Y también cuando juzgan a bulto: meterían a la gente a penar en una mazmorra echándoles encima un puñado de años, decididos a ojo de buen cubero, sin tanto estrépito de juicio ni finuras de juristas.

También me parecen estimables las quejas de quienes opinan que no se puede poner a los jueces en el disparadero de tener que resolver cuestiones de gran relevancia política y hacerlo, además, aplicando un grupo de conceptos penales que fueron creados hace dos siglos para atender actuaciones contra el Estado que entonces eran frecuentes y hoy han quedado periclitadas y sustituidas por fórmulas mucho más complejas. El Estado debe apresurarse a poner su legislación punitiva (penal y administrativa) al día.

## **7. ¿Algo más que hacer?**

Dejemos a cada cual con sus puntos de vista. Cualesquiera que estos sean, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es una pieza jurídica de gran importancia que demuestra, sin duda posible, que el Estado de Derecho funciona bien.

Las instituciones están en su sitio. Esta constatación es un alivio, desde luego, en medio de una situación de tanta gravedad. También lo fue la primera aplicación histórica del artículo 155 de la Constitución, aunque se critique el modo en que se llevo a cabo.

La cuestión es que tanto la vía judicial como la gubernativa excepcional no tienen capacidad para resolver, o aliviar, el problema del independentismo catalán a medio y largo plazo. Algunos analistas y políticos evalúan esta tensión de un modo sencillo: el asunto no tiene solución, de modo que no tiene sentido empeñarse en buscar remedios. Las reclamaciones catalanas vienen de muy atrás en la historia y se recrudecen cíclicamente. Además, el nacionalismo dominante no retrocederá en su actitud secesionista aunque reciba nuevas concesiones del Estado. Estas serían un injusto premio a su rebeldía y no tendrían ningún efecto disuasorio.

Desde el otro lado, el del nacionalismo independentista, se mantiene el derecho a decidir de Cataluña, en los términos analizados, y no cejan sus líderes en el empeño de celebrar un referéndum de autodeterminación para preguntar al pueblo de Cataluña si quiere crear un Estado republicano propio.

Frente a estas últimas pretensiones se sitúan muchos estudiosos del Estado, políticos y ciudadanos comunes que estiman que no puede autorizarse, ni de acuerdo con la Constitución vigente (ni de otra reformada: el soberano no puede contemplar su destrucción), que los habitantes de una parte del territorio del Estado decidan, prescindiendo de los demás, sobre su separación. Menos aún si es unilateral y no negociada.

Si se asumen las posiciones referidas en primer y segundo lugar, nunca se avanzará en el arreglo de la situación catalana. Me pregunto si podemos dejarla así, con la esperanza de que desistan de sus reclamaciones incondicionalmente. Desde luego, ni en esta hipótesis la actitud del Estado podría ser de dejación absoluta de sus responsabilidades. Cataluña está en una situación de autogobierno máximo caracterizada, entre otros datos, por la desaparición del Estado de su territorio y, casi, de su ordenamiento jurídico. Como mínimo, los mentores de la resistencia a ultranza tendría que proponer medidas de restauración del Estado porque, si no, el sistema educativo y los medios de comunicación catalanes harán crecer la marea del independentismo hasta hacerlo irresistible.

Hay que buscar, a mi juicio, vías intermedias. La negociación de soluciones tendría que centrarse, para empezar, en la preparación de un documento sobre el método y los límites. Muchos juristas llevamos años ofreciendo remedios y cauces para implantarlos. Dejo para otra ocasión una recapitulación sobre las ideas principales para no continuar fuera de los límites razonables de este comentario.