AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS FERNANDO GRANADOS BRAVO, Procurador de los Tribunales y de **JORDI CUIXART NAVARRO**, según consta en escritura de poder que se adjunta, ante este Alto Tribunal comparece y como mejor proceda en Derecho

DICE:

Que mediante el presente escrito en nombre de mi representado formulo demanda de **RECURSO DE AMPARO**[1] constitucional contra la SENTENCIA 459/2019 de 14 de octubre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo así como del Auto de fecha 29 de enero del 2020 que desestima el incidente de nulidad interpuesto por esta representación contra dicha Sentencia, solicitando el amparo y reconocimiento de la necesidad de respeto del derecho fundamental al **JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY (**art. 24.2 CE y 6 CEDH) y **A LA DOBLE INSTANCIA** (art. 24.2 CE y art. 2 Protocolo 7 CEDH), del derecho fundamental al **JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL** (art. 24.2 CE y 6 CEDH), del derecho fundamental de **REUNIÓN** (art. 21 CE y 11 CEDH)**,** del derecho fundamental a la **LEGALIDAD PENAL** (art. 25 CE y 7 CEDH) y del derecho fundamental a la **LIBERTAD** (art. 17 CE y 5 CEDH) vinculados a la prohibición de **DESVIACIÓN DE PODER** (art. 18 CEDH), todos ellos recogidos en el Capítulo Segundo del Título Primero de nuestra Carta Magna y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; siendo esta la última vía judicial interna a la que acudir, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se interpone este recurso con el fin que este Excmo. Tribunal declare la infracción de derechos fundamentales que entendemos se han vulnerado y se dicte una nueva Resolución revocando la mencionada resolución de acuerdo con la realidad procesal y los derechos fundamentales que, dicho con todo respeto y en términos de defensa, entendemos se han vulnerado al Sr. **JORDI CUIXART NAVARRO**.

[1] Acompañamos para su mejor comprensión índice al final del presente escrito

El recurso se funda en los **HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO** que se exponen a continuación.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 14 de octubre del 2019, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia 459/2019 con la siguiente parte dispositiva:

"2. CONDENAR a los siguientes acusados, como autores de un delito de sedición a las siguientes penas:

***e) D. JORDI CUIXART** las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente 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."*

Adjuntamos copia simple de esta Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se adjunta como **documento núm.1.**

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por esta representación incidente de nulidad al amparo de los artículos 240 y ss LOPJ con alegación de la vulneración de varios derechos fundamentales que fue resuelto por Auto de esta Sala Segunda de 29 de enero del 2020 con la siguiente parte dispositiva:

"La Sala acuerda DESESTIMAR los incidentes de nulidad promovidos contra la Sentencia de 14 de octubre del 2019 dictada en esta causa especial núm. 20907/2017 y promovidos por las representaciones de procesales de D. Jordi Cuixart Navarro…"

Adjuntamos copia simple del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se adjunta como **documento núm. 2.**

Solicitada certificación de la fecha de notificación a la Sala, la aportamos como **documento núm. 3.**

Por todo ello esta representación, se ve en el ineludible deber de acudir en **RECURSO DE AMPARO** ante este Alto Tribunal.

Todo ello en base a los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

INTRODUCTORIO. LA SITUACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRESENTE CAUSA

Decía el maestro del garantismo penal L. FERRAJOLI que

"*La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la* excepción *o de la* emergencia *(antiterrorista, antimafia, anticamorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal. Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la* razón de Estado *sobre la* razón jurídica *como criterio informador del derecho y del proceso penal (…) y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino supraordenado a ella*[2]"

En las siguientes páginas vamos a desarrollar nuestras consideraciones como representación procesal del Sr. Jordi Cuixart en cuanto a los derechos fundamentales que han sido vulnerados en el procedimiento penal del cual deriva el presente amparo y que provoca la actual situación de privación de libertad del Sr. Cuixart en cumplimiento de una pena de nueve años de prisión dictada por la máxima autoridad jurisdiccional penal española. Sin embargo, intentaremos argumentar como todas y cada una de estas vulneraciones son expresiones de una situación de *excepción* a la regla general, son síntomas de una respuesta absolutamente excepcional del sistema institucional del Estado a un conflicto de naturaleza política, que ha obviado la totalidad de las garantías penales proclamadas en el espíritu constitucional que tanto se dice proteger.

Hemos asistido en este caso a una excepcionalidad procesal que ha comportado vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley (motivo primero) y al juez independiente e imparcial (motivo segundo); a una excepcionalidad en materia de derechos civiles que ha provocado una injerencia injustificada en el derecho fundamental de reunión (motivo tercero), y una excepcionalidad en derecho penal sustantivo que ha supuesto una vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (motivo cuarto). En definitiva los derechos fundamentales del ciudadano Jordi Cuixart Navarro entendidos como límites a los poderes del Estado en su *ius puniendi* han devenido totalmente etéreos, sin efecto, sin eficacia jurídica, se han evaporado, y en su lugar, habiendo desaparecido la razón jurídica, ese poder desnudo únicamente nos ha dejado la razón de estado.

[2] FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón.* Madrid 1995 p. 807

PRIMERO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY (24.2 CE Y 6.1 CEDH)

El artículo 24.2 CE establece:

"*Asimismo, todos tienen derecho al Juez predeterminado por la ley*"

El artículo 6.1 CEDH proclama:

"*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial,* ***establecido por la Ley****.*"

Estos dos derechos fundamentales, en el marco del derecho constitucional español, deben ser completados con la regulación que la Carta Magna hace del poder judicial en cuyo artículo 117 CE, dice:

"3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.

6. Se prohíben los tribunales de excepción."

1. EL CARÁCTER PREFIJADO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

El debate sobre la fijación de las reglas de competencia es, necesariamente, materia con repercusión constitucional según se ha establecido reiteradamente por este Tribunal Constitucional. Ya en la STC 101/1984 de 8 de noviembre el Tribunal Constitucional establecía que:

"La predeterminación legal del juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117 CE), pero, como es obvio, no a cualquiera de ellos en cualquier caso, sino, en cada uno de éstos, a aquel órgano judicial que resulte predeterminado por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117 CE)."

En el presente supuesto nos encontramos en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha conferido la competencia para la instrucción y conocimiento

de una causa judicial concreta, modificando el criterio establecido de forma reiterada durante años y que además se ha negado a la revisión de dicha decisión por la vía de recursos y cuestiones de competencia remitiéndose a la previsión establecida en un texto preconstitucional como es el artículo 21.1 LECrim.

Esta parte es perfectamente conocedora del contenido literal del artículo 21. 1 LECrim ("*El Tribunal Supremo no podrá formar ni promover competencias, y ningún Juez, Tribunal* ***o parte*** *podrá promoverlas contra él"),* que de hecho se invoca en el propio auto de admisión de querella y de declaración de competencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 dictado en el presente procedimiento; sin embargo y según se desarrollará en el presente escrito resulta estrictamente necesario en términos de justicia reinterpretar constitucionalmente este artículo -que como es bien sabido tiene un redactado establecido en 1882- a la vista de las alegaciones sobre competencia de este Tribunal que, en caso de no ser debidamente atendidas, afectarían al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley en el marco del proceso debido (art. 6.1 CEDH).

Inconstitucionalidad sobrevenida. La Constitución de 1978 prevé una disposición derogatoria tercera destinada a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas anteriores que se opongan a su contenido. La cuestión de la inconstitucionalidad sobrevenida ha sido desarrollada por este Tribunal Constitucional des de la STC 4/1981 de 2 de febrero y no ofrece muchas dudas. Si en una norma preconstitucional, como es el artículo 21 LECrim, su redactado no admite una interpretación conforme a los derechos fundamentales y principios constitucionales -como sería entender que no existe posibilidad del justiciable de discutir o impugnar la competencia del Tribunal Supremo en materia penal- este precepto debe entenderse derogado.

La situación en las otras jurisdicciones. Es un hecho evidente que el legislador procesal español no ha incurrido en ninguna prohibición similar en las normas dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1978. La Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) ni en la regulación de los conflictos de competencia (art. 42 y ss.) ni en la regulación de las cuestiones de competencia (art. 51 y ss.) no prevé exclusión alguna del Tribunal Supremo en cuanto a dichas posibilidades. Tampoco ni la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (1998) ni la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) prevén para las respectivas jurisdicciones un precepto del tenor literal del art. 21.1 LECrim.

Por todo ello entendemos que la cuestión de la competencia judicial, modificada en el presente caso y la negativa del Tribunal Supremo a su revisión a la vista de los argumentos de las partes investigadas, ha supuesto una grave situación

en materia de derechos fundamentales por cuanto ante un elemento nuclear y esencial en el procedimiento judicial como es la fijación del juez competente predeterminado por la ley, el Tribunal se niega a revisar su criterio en base a un precepto preconstitucional y que se presenta frontalmente contrario a los valores constitucionales y a los derechos fundamentales previsto en la carta magna; sin que exista una segunda instancia a la que poder acudir en aquel momento.

No sería de recibo bajo ninguna perspectiva que se alegara que la doble instancia en materia de control de la competencia se ha producido en este ccaso mediante la intervención del Tribunal Constitucional durante la fase de instrucción. Y es que difícilmente este Tribunal Constitucional pudo actuar como garantía al respecto o como instancia de revisión dado que rechazó por prematuras estas vulneraciones e inadmitió los respectivos recursos de amparo que versaban exclusivamente sobre esta materia (SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018 de 12 de diciembre) o junto a otras materias específicamente articuladas por la representación del Sr. Cuixart (STC 30/2019 de 28 de febrero y STC 62/2019 de 7 de mayo).

2. LA MODIFICACIÓN DEL CRITERIO PREVIO COMO INDICIO DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Tal como se puede comprobar, el Tribunal Supremo ha procedido a la modificación del criterio establecido históricamente y durante años en materia de la investigación y enjuiciamiento de casos similares por la actuación de aforados en el ámbito de Catalunya y este cambio inexplicable de criterio -y no razonado como tal- se presenta como indicio de la voluntad del tribunal de atraer hacia sí mismo el conocimiento de una causa determinada, con lo que sirve para aumentar las sospechas de falta de imparcialidad del tribunal que se desarrollaran en alegación a parte en el segundo fundamento jurídico del presente recurso de amparo.

El auto dictado en 2014. En el año 2014 y a raíz de la celebración de la consulta sobre la independencia de Catalunya celebrada el 9 de noviembre a instancias del Gobierno de la Generalitat, el partido político UPyD interpuso querella contra el presidente de la Generalitat, la presidenta del Parlamento y otros representantes políticos por los delitos de malversación, desobediencia, usurpación de atribuciones, prevaricación y delito electoral. La querella fue presentada ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo al considerar UPyD que debía realizarse la interpretación extensiva que ahora se sustenta en el Auto de 31 de octubre del 2017 que admite la querella y otorga la competencia para conocimiento de esta causa especial 20907/2017. En aquella ocasión, tanto el Ministerio Fiscal como la Sala Segunda rechazaron de forma tajante la posible competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Posición del Ministerio Fiscal en 2014. Así se puede leer en este auto de

12 de noviembre del 2014 que el Ministerio Fiscal informó en contra de la competencia del Tribunal Supremo con el siguiente argumento:

"Esta tesis ya fue sostenida por el propio TSJ de Cataluña en su auto de 30 de abril de 2013 (JUR 2013, 233905) (recurso 7/2013) en asunto muy similar (querella de la asociación "Manos Limpias" contra el Presidente de la Generalitat de Cataluña y Diputados de su Parlamento), siendo dictaminada en el mismo sentido por el Ministerio Fiscal. Los querellantes, haciendo una lectura extensiva del art. 57 de la LO del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , que fija las competencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo frente a las personas "aforadas" ante el mismo, interpretan en su escrito de querella, que los hechos que la motivan "trascienden con mucho el ámbito de Cataluña"(...) ya que suponen extraer el derecho de sujetos soberano, el conjunto de los ciudadanos españoles, a favor de los ciudadanos residentes en la CA de Cataluña", tesis que, independientemente de la trascendencia que pueda otorgárseles a tales actos, resulta del todo punto inadmisible pues supone sustraer competencias al órgano jurisdiccional ordinario predeterminado por la ley, y conllevaría, caso de admitirse, una flagrante vulneración del art. 24.2 CE."

Posición del Tribunal Supremo en 2014. La Sala Segunda del Tribunal Supremo asumió la perspectiva del Ministerio Fiscal y argumentó para rechazar la competencia de esta Sala y declarar la competencia del Tribunal Superior de Justicia que:

*"Una recta lectura de ambos preceptos evidencia que se está estableciendo una regla general y preferente -fuero residenciado en el Tribunal Superior de Cataluña-; y una regla complementaria -competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**- para los supuestos acaecidos** (hay que sobrentender según se deriva de una interpretación sistemática: art. 70.1) **fuera del territorio de la Comunidad** (ATS de 13 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 250993)). 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 pueda 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 (RCL 1978, 2836)).*

El órgano jurisdiccional predeterminado legalmente no es en este supuesto la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En efecto con esta premisa y desde esta perspectiva una atenta lectura de los diversos hechos relatados permite concluir de forma indudable que las conductas que motivan la querella se han desplegado en el

territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Ha de precisarse a estos fines que 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 (por todos AATS de 27 de noviembre de 1980 y 9 de julio de 1981 (RJ 1981, 3206) , 23 de mayo de 2007 (JUR 2007, 241198) ó 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 133296) , entre muchos otros)."

Cambio de criterio del Tribunal Supremo en esta causa. La contundencia de los argumentos de aquel auto es perfectamente aplicable a la presente causa especial y no se ha justificado ni argumentado a qué responde el cambio copernicano de criterio de esa Sala Segunda en la asunción de la competencia para el conocimiento y resolución de este concreto expediente judicial. Inexplicablemente, la Sala ya no hace referencia a la regla general y preferente de competencia del TSJ ni al sentido naturalístico con el cual hay que interpretar las cuestiones de competencia. El criterio naturalístico -que no podría sostenerse porqué todos los hechos de la querella suceden en Barcelona y otros puntos de Catalunya- se sustituye por la teoría de la ubicuidad y el criterio general y preferente ha sido sustituido por el complementario, con la única argumentación que el carácter plurisubjetivo del delito de rebelión justifica tan excepcional interpretación. Sin embargo, el TSJ se ha declarado sistemáticamente competente para el conocimiento del delito de rebelión.

Autos del TSJ declarándose competente. A lo largo de los últimos años y especialmente durante la XI legislatura del Parlament de Catalunya distintos partidos políticos y sindicatos han interpuesto querellas contra algunas de las personas investigadas en el presente procedimiento por hechos algunos de los cuales aparecen referidos también en las resoluciones dictadas en la presente causa especial por delitos de rebelión y sedición. Todas estas querellas, al ir dirigidas a personas aforadas según el Estatuto de Autonomía de Catalunya se interpusieron ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. El propio Tribunal Superior de Justicia de Catalunya también se consideró y declaró competente en todas y cada una de estas querellas con el informe en el mismo sentido del represente del Ministerio Fiscal. Curiosamente, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se declaró expresamente competente para conocer de las causas que se dirán y tramitó y resolvió sobre las mismas:

- Querella 7/2014, auto 37/2014 de 24 de marzo, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por rebelión y sedición.

- Querella 18/2014, auto 19/2015 de 8 de enero, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por rebelión y sedición.

- Querella 12/2015, auto 697/2015 de 2 de noviembre, dictado por el Ilmo. Enric Anglada i Fors, causa por rebelión y sedición.

- Querella 19/2015, auto 175/2016 de 20 de junio, dictado por el Ilmo. Carlos Ramos Rubio, causa por sedición y prevaricación.

- Querella 18/2015, auto 11/2016 de 1 de febrero, dictado por el Ilmo. Francisco Valls Gumbau, causa por sedición y rebelión.

- Querella 10/2016, auto 10/2016 de 1 de febrero, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por conspiración a la sedición.

- Indeterminadas 2/2017, auto 13/2017 de 20 de febrero, dictado por el Ilmo. Carlos Ramos Rubio, causa por sedición y rebelión.

- Querella 26/2017, auto 59/2017 de 31 de julio, dictado por el Ilmo. Francisco Valls Gumbau, causa por rebelión y sedición.

Causas abiertas en el TSJ. De hecho y más allá de estos ocho autos referidos y nunca recurridos por el Ministerio Fiscal, estuvieron abiertas en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hasta escasas semanas antes de la asunción de la competencia por parte del Tribunal Supremo las diligencias previas 3/2017, que posteriormente serían acumuladas a la presente causa especial, incoadas en su momento por la querella de la fiscalía superior de Catalunya contra la consellera Meritxell Borràs y ampliadas posteriormente al conjunto del gobierno catalán mediante una segunda querella que recibió registro de intedeterminadas 41/2017 y acabó acumulada a las diligencias originales. Esta causa, instruida por la magistrada Ilma. Sra. Mercedes Armas investigaba la preparación del referéndum, y por lo tanto hechos contenidos en la presente causa especial, y sin embargo la propia magistrada mantuvo durante meses su competencia hasta que el Tribunal Supremo la requirió de inhibición; extremo que demuestra, esta vez empíricamente, que los hechos objeto del presente procedimiento no son competencia de este Tribunal Supremo.

Las DP 118/2017. El Tribunal Supremo, además, a la hora de ir resolviendo a lo largo de la causa las cuestiones planteadas relativas a la competencia, era perfectamente conocedor que existía ya una causa abierta en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona en la que también se investigaba la participación de los miembros del gobierno y de la sociedad civil en la preparación del referéndum del 1 de octubre, causa que ha seguido instruyéndose y que se encuentra en este momento en fase intermedia en la Audiencia Provincial de Barcelona. De hecho, algunos de los atestados que obran en autos, las intervenciones telefónicas que se

utilizan de soporte probatorio o incluso algunos documentos (como la agenda del Sr. Jové) provienen directamente de esas diligencias de investigación que se continúan tramitando en la actualidad y cuya delimitación de objeto con el presente procedimiento no ha llegado a producirse. Nuevamente, por lo tanto, existe otro órgano jurisdiccional conociendo de los mismos hechos que se encuentran en esta causa especial, aunque en este caso es un Juzgado de Instrucción en Barcelona. De hecho, durante algún tiempo coexistieron las DP 118/2017 del juzgado 13 y las 3/2017 del TSJ, en un reparto funcional entre no aforados y aforados sobre los mismos hechos. La apertura de una tercera causa ahora en el Tribunal Supremo con aforados y no aforados resulta evidentemente incomprensible.

El sumario contra la "cúpula de interior". De hecho, es notorio y conocido que del procedimiento inicial en el que se encontraban investigados los Sres. Cuixart y Sánchez en la Audiencia Nacional se mantuvo dicho procedimiento ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, sumario 7/2018, en relación a la investigación contra los máximos responsables del Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya, los Sres. César Puig y Pere Soler y a los mandos de Mossos d'Esquadra, el mayor Josep Lluís Trapero y la intendenta Maria Teresa Laplana. Este procedimiento en el cual la fiscalía formuló acusación por un delito de rebelión y sedición, se encuentra en el momento de interponer el presente recurso de amparo en fase de celebración de juicio oral ante la Sección Primera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional.

3. LA RESOLUCIÓN ESPECÍFICA DICTADA SOBRE LA COMPETENCIA POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO. EL AUTO DE 27/12/2018

La cuestión de la falta de competencia fue sistemáticamente alegada por parte de las defensas, y concretamente de esta representación, en el marco de la causa especial 20907/2017, sin embargo, el momento específico previsto por nuestra ley procedimental penal era efectivamente en el marco de las cuestiones de previo pronunciamiento del juicio oral del artículo 666 LECrim. Formulada oportunamente esta cuestión, y previa celebración de vista, fue resuelta por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante auto de 27 de diciembre del 2018, frente al cual no cabía recurso alguno, en el que aceptó separar la causa en relación a los procesados Sres. Corominas, Simó, Barrufet, Guinó, Nuet y Boya en favor de la Sala Civil y Penal del TSJ de Catalunya.

En cuanto a la acusación del Sr. Jordi Cuixart, mantuvo la competencia de la Sala Segunda del TS para conocerla y enjuiciarla, a pesar de los argumentos en contra vertidos por esta representación y de la insuficiencia de motivos para sostener esta competencia *excepcional* en una persona no aforada que traslucía ese auto de 27 de diciembre del 2018.

3.1 El argumento de la "finalidad independentista"

Se exponía en dicho auto como motivo para atraerse la competencia:

"*También ahora, 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."* (p. 22)

El párrafo 5º del artículo 472 dice precisamente "*Declarar la independencia de una parte del territorio nacional".* Se hace difícil desde una perspectiva estricta del principio de legalidad justificar la argumentación de la Sala Segunda en esta cuestión[3]. No existe en ninguna de las normas ni de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni de la Ley Orgánica del Poder Judicial una disposición que atribuya la competencia a órgano jurisdiccional alguno por la concurrencia de la voluntad de *declarar la independencia de una parte del territorio nacional.* Al contrario. Los órganos judiciales deben determinar la cuestión de la competencia de forma absolutamente autónoma a este tipo de consideraciones dado que el único elemento que sirve para discernir entre la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en relación a juicios contra aforados, es si los elementos del tipo se realizan dentro o fuera de la comunidad autónoma, siendo absolutamente inocuo desde una perspectiva de justicia que la finalidad subjetiva sea la de declarar la independencia o la de mantener la unidad territorial. Una argumentación como la que contiene este Auto se aproxima peligrosamente a las *razones de estado* opuestas a las *razones jurídicas* que apuntábamos en nuestra introducción al presente recurso de amparo.

3.2 El argumento de la "inescindibilidad del hecho"

Se apunta como argumento la cuestión de la *inescindibilidad del hecho.* Así:

"*La inescindibilidad del hecho -tal y como se describe por el Fiscal-sugiere evitar la artificial fragmentación del objeto del proceso, dificultando sobremanera el enjuiciamiento de los hechos que se califican como constitutivos de delitos de*

[3] LLABRÉS FUSTER, Antoni *El concepto de violencia en el delito de rebelión.* RECPyC 2019 p. 58

rebelión y malversación que, en su configuración legal, se presentan como un único tipo agravado (cfr. arts. 472 y 473.2 CP)." (p.25)

Este puede ser un argumento que goza de cierta tradición jurídica en nuestro ordenamiento -y de cierta lógica- y que justifica según su propia literalidad que los procesados por rebelión y malversación sean juzgados junto a los procesados por desobediencia y malversación al serles imputados actos de una cierta naturaleza colectiva como gobierno de la Generalitat en la adopción de acuerdos administrativos que son objeto de acusación. Sin embargo, esta argumentación no tiene absolutamente nada que ver con la acusación contra el Sr. Jordi Cuixart, en relación al cual no se formulaban cargos relativos a la malversación. Al mismo tiempo la mera alegación de la *inescibilidad* sin más justificación resulta un criterio vacuo y totalmente vacío de contenido en un contexto procesal en el que, como se ha argumentado y es de conocimiento público, existen otras causas penales por los mismos hechos pero con distintos sujetos. Al fin y al cabo, no existe mejor ejemplo de esta debilidad argumental que este Auto que precisamente acordaba romper la continencia de la causa aceptando que parte de los procesados fueran juzgados precisamente por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

3.3 El argumento de la "diferencia de delitos imputados"

El tercero de los argumentos se construye a partir de los delitos imputados.

"Como recordó el Fiscal en la vista, la diferencia de delitos por los que se formulaba acusación en una y otra causa especial, explica el distinto desenlace que, en materia de competencia, han tenido ambos procesos." (p. 27)

Este argumento no supera el filtro mínimo del principio de legalidad. No existe un repartimiento entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el TSJ y las Audiencias Provinciales por razón de delitos imputados. Este es un criterio exclusivamente relativo a la competencia de la Audiencia Nacional. Pero es que, además, resulta evidentemente faltado de todo tipo de soporte empírico dado que los delitos imputados al Sr. Cuixart -rebelión y/o sedición- son los mismos que se han imputado a los acusados en la causa de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Sres. Trapero, Laplana, Puig y Soler), por lo tanto, este criterio no sirve para justificar la competencia del Tribunal Supremo en relación al Sr. Cuixart.

3.4 **El argumento de la "interpretación restrictiva"**

Finalmente y precisamente para justificar su decisión de no mantener la competencia en relación al resto de miembros de la mesa del Parlament de Catalunya a excepción de la Sra. Forcadell, la Sala Segunda del Tribunal Supremo apunta un criterio *ex lege* que no es otro que la necesaria interpretación restrictiva en materia de competencia de aforados y de atribución al Tribunal Supremo:

"La primera, la conveniencia de que la conexión procesal en las causas penales contra aforados ajuste su existencia a un criterio restrictivo, tantas veces defendido por la jurisprudencia de esta Sala, y que ahora adquiere la condición de mandato legal. En efecto, la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, 5 de octubre ha introducido una nueva concepción en la que el enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos sólo se justifica por razones operativas, «cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso»."

Este argumento, que compartimos, no aporta motivos, todo lo contrario, para justificar el enjuiciamiento en un tribunal de aforados del Sr. Jordi Cuixart Navarro. Por lo tanto, a nuestro entender, resulta evidente que no se justifica bajo ninguna perspectiva jurídica la alteración de las reglas de la competencia que suponen el enjuiciamiento de Jordi Cuixart Navarro ante el Tribunal Supremo a partir del auto de 27 de diciembre del 2018.

4. LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA DEL TS AL RESPECTO

La cuestión de la competencia es recuperada por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la presente causa especial, concretamente en el apartado 4 de las cuestiones previas sobre derechos fundamentales, páginas 80 y siguientes. A nuestro entender, nuevamente de forma absolutamente insuficiente. La sentencia se remite al Auto de 27 de diciembre de 2018 como resolución principal sobre la materia y ratifica todos los argumentos que, como hemos señalado son manifiestamente insuficientes en relación al Sr. Jordi Cuixart. De hecho, en la página 91 de la sentencia se intenta contestar expresamente las alegaciones vertidas por esta representación en el escrito de defensa y más allá de citar el carácter de órgano *superior* del Tribunal Supremo apunta únicamente como explicación:

"*Ninguna razón concurría, pues, para que esta Sala declinara su competencia para el conocimiento de los hechos que el Fiscal consideraba constitutivos de un delito de rebelión o malversación. La inescindibilidad del hecho, tal y como era presentado por la acusación, es más que evidente, tanto respecto de aquellos acusados a los que se imputaban los delitos de rebelión y malversación, como respecto de aquellos otros en los que la imputación no incluía el delito de rebelión sino de forma conjunta, los de malversación y desobediencia."*

Este párrafo puede servir como justificación del juicio conjunto a todos los miembros del gobierno, que compartían la imputación de malversación, pero que diferían en si eran autores de rebelión o de desobediencia en función del caso. Sin embargo, esta inescindibilidad justificada desde el delito de malversación difícilmente puede justificar la atribución de competencia del tribunal en relación a aquellos acusados que, como el Sr. Cuixart, **no estaban siendo juzgados por**

malversación. Por lo tanto, la discusión sobre la inescindibilidad y su conveniencia no se justifican en ningún momento en relación a aquellos acusados que se encontraban fuera del gobierno de la Generalitat. De hecho, sorprende que la propia sentencia, para justificar por qué no han sido objeto de enjuiciamiento en la misma causa especial otros miembros del gobierno de la Generalitat imputados por su relación con la preparación y realización del referéndum del 1-O se ha planteado una "*inescindibilidad limitada a uno de los escalones participativos en la ejecución de los hechos"* (p. 98). Aceptada, por evidente, que la inescindibilidad debía ser limitada, en ningún momento de la sentencia se explica por qué motivo el Sr. Cuixart, a pesar de no ser miembro del gobierno, debía ser juzgado como aforado y como aforado *especial* en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

5. LAS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO DE CRITERIO Y LA DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA (I): AUSENCIA DE RECURSO CONTRA LA SENTENCIA

En el debate sobre la determinación del tribunal competente no nos parece baladí recordar que las causas especiales enjuiciadas ante el Tribunal Supremo no gozan de segunda instancia y por lo tanto del derecho al recurso y a la revisión de un tribunal superior según prescribe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE y 24.2 CE), en su vertiente del derecho al recurso, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por el Estado español que prescribe que:

"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sea sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley."

El ámbito de esta disposición ha sido precisado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU) en su jurisprudencia, considerando que:

"*El artículo 14.5 no solo garantiza que el juicio será realizado ante un tribunal superior (…), también que la condena será supervisada por una segunda instancia"*[4].

Hace falta subrayar que, al momento de la ratificación del PIDCP, el Estado no formuló ninguna reserva en relación con este artículo. En un caso relacionado con el Estado español, el CDHNU ha aclarado que la frase "conforme a lo prescrito por la ley", no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión o a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte puede disponer en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente le correspondería, esta

[4] CDHNU, *Gomariz Valera c. España,* comunicación 1095/02, § 7 ; CDHNU, *Olivero Capellades c. España,* 1211/03, § 7 ss.

circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior[5].

En el procedimiento que nos ocupa, el Tribunal Supremo se declara instancia única. Sus decisiones son definitivas. Ellas no pueden ser objeto más que de un recurso ante el presente Tribunal Constitucional, que solo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas, lo que excluye una revisión efectiva del fallo condenatorio y de la pena. En consecuencia, el recurso de amparo no puede ser considerado como una revisión por un tribunal superior, conforme a las exigencias del art. 14.5 PIDCP.

La condena pronunciada por el Tribunal Supremo contra el presidente de Ómnium Cultural implica entonces una **automática violación del derecho a un doble grado de la jurisdicción, según lo previsto por el art. 14.5 PIDCP.** No podemos más que sorprendernos de la forma en la que Sala Segunda resolvió la declinatoria de competencia alegando una pretendida "*solución jurisprudencial*" que es conforme a "*la normativa ofrecida por el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos".*

Sin embargo, esta conclusión no es suficiente y podemos aceptar una pretendida solución que nazca de confrontar CEDH y PIDCP dado que no podrá escapar a los magistrados de la presente Sala que la protección garantizada por el art. 14.5 PIDCP **es más amplia** que la que se deriva de las disposiciones del CEDH. Y es este el motivo por el que España ha sido condenada por violación del derecho a un doble grado de jurisdicción en el marco de procedimientos similares al que en este momento nos ocupa.[6].

Por lo tanto, esta parte desearía invitar expresamente al Tribunal a reconocer que la decisión del Tribunal Supremo sobre la declinatoria de competencia y la posterior condena pronunciada contra Jordi Cuixart no respetan el PIDCP y a resolver de manera conforme a las obligaciones internacionales, esto es, a proporcionar al recurrente un recurso efectivo y a tomar las medidas necesarias para asegurar que las violaciones parecidas no se repitan en futuro[7]. La única forma de garantizar el derecho previsto en el art. 14.5 PIDCP de la doble instancia penal en el presente procedimiento es declarar la violación del derecho fundamental, anular la condena dictada declarando la competencia de la Audiencia Provincial de Barcelona para y, si lo considera necesario, remitirle la presente causa, en cuyo caso las resoluciones sí serán susceptibles de ser recurridas.

---

[5] CDHNU, *Olivero Capellades c. España,* 1211/03, § 7.
[6] Comité de Derechos Humanos, *Jesús Terrón c. España,* comunicación 1073/2002, § 7.4 ; CDHNU, *Olivero Capellades c. España,* 1211/03, § 9.
[7] CDHNU, *Olivero Capellades c. España,* 1211/03, § 9.

La compensación de garantías en el presente caso. Esta parte conoce el argumento consistente en que el uso del fuero privilegiado contrarresta la imposibilidad de acudir a una doble instancia superior (ATS de 09 de octubre de 2011 y STC 5/1985, de 10 de abril). Este argumento es de cuestionable validez si se consideran las dudas sobre la apariencia de imparcialidad y neutralidad que presenta el presente supuesto y que van a ser desarrolladas en la siguiente alegación: en estos casos, el aforo no supone precisamente una garantía para el sujeto, sino que puede llegar a implicar exactamente lo contrario.

El argumento forzado de la compensación de garantías (doble instancia por aforo) obvia algo que no puede ser obviado: la insuficiencia de la ley para dar cumplimiento a las exigencias internacionales. Siendo además que el art. 71.3 de la Constitución Española no impone el conocimiento de las causas penales *en única instancia* por la Sala de lo Penal del TS (en este sentido, el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 64/2001, de 17 de marzo). En definitiva, son motivos de peso la palmaria insuficiencia de la ley procesal para garantizar la segunda instancia en estos supuestos, el hecho de que el aforo no supone en este caso un plus garantista dadas las dudas de imparcialidad, la atracción de no aforados al proceso y la necesidad de que las competencias especiales por razón de la persona sean interpretadas restrictivamente (STS de 18 de julio de 1995).

Por todo ello, parece evidente que si se puede adoptar una interpretación de la competencia que permita la doble instancia, debería ser esa interpretación, favorable al ejercicio de un derecho fundamental, la que fuera finalmente adoptada.

Ante la duda, el Tribunal inferior, ordinario y por reparto en el partido judicial de los hechos. A lo anteriormente dicho debe añadirse que la doble instancia en el proceso que nos ocupa viene condicionada por una decisión, cuanto menos, controvertida, puesto que se ha podido constatar que en la presente causa se ha producido un **cambio de criterio** por parte del Tribunal sobre la distribución de competencias para instrucción y enjuiciamiento, un cambio de criterio que a nuestro entender no aparece suficientemente justificado.

Además, este cambio de criterio se ha producido en el marco de una querella firmada por un antiguo miembro de la misma Sala encargada de enjuiciar el asunto y sobre un caso de especial trascendencia política cuestión, que desarrollaremos en otro motivo del presente recurso. En este contexto no cabe ninguna duda que, si existen varias interpretaciones posibles, debe prevalecer aquella que asegure, cuanto menos, una apariencia de mayor independencia e imparcialidad, que va a ser siempre la del criterio general por encima del especial, del ordinario por encima del extraordinario, y del juez natural del territorio por encima del juez superior central. Es posible y conforme a derecho que sea un juzgado de Barcelona -con la garantía

previa del reparto- el que conozca de la presente causa (con la emisión de pieza separada especial para los aforados en favor del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya), y esta es la lectura que más se acomoda a derecho y sobre todo a los derechos fundamentales invocados. En caso contrario se confirmaría la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en su expresión del derecho fundamental al juez independiente e imparcial predeterminado por la ley (art. 24 CE, 6.1 CEDH, 14.1 PIDCP y 47 CDF-UE).

6. LAS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO DE CRITERIO Y LA DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA (II): UN JUICIO QUE NO SE PUEDE CELEBRAR EN LENGUA CATALANA

En la parte A) VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES" de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, el punto 3 se refiere a **"El derecho a la utilización de la lengua catalana como lengua del proceso y la obligada remisión de la presente causa a los tribunales de Cataluña (derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, art. 24.1 y 2 CE)"**

6.1 RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS PARTES POR EL TS

En el **punto 3.1.** se dice que las respectivas defensas de los procesados "*suscitaron, en el capítulo específico destinado a la reivindicación de derechos fundamentales,* ***el derecho a la utilización de la lengua catalana como lengua del proceso.*** *En algunos casos, se aludió a la necesidad de que se arbitrara un* ***sistema técnico de traducción simultánea*** *–no consecutiva- que permitiera la práctica de cualquier acto procesal en lengua catalana, sin las interferencias ocasionadas por un traductor que se interpusiera en el mensaje que cada acusado quería transmitir al tribunal****".*** En concreto, el letrado que asumió la defensa del Sr. Cuixart adujo que "…habiendo *sucedido los hechos en la comunidad autónoma de Cataluña y siendo los acusados de condición política catalana a tenor del art. 7.1 EAC, no hay duda jurídica alguna sobre el derecho a utilizar y a solicitar el catalán como lengua de procedimiento a tenor de la Carta Europea referida."* Se hacía así alusión a la *Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias*, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992. A su juicio, el legítimo uso de la lengua catalana para defender sus intereses debería acarrear como consecuencia inmediata "*…la tramitación íntegra del procedimiento en lengua catalana, tal como sucede en otros países plurilingües de nuestro entorno, como Bélgica".* (p. 68)

Y sigue la Sentencia "*A partir de este razonamiento se concluía una* ***rectificación de la competencia de esta Sala*** *por razones ligadas al uso preferente de la lengua catalana, ya que* ***"***esta posibilidad solo es posible garantizarla mediante

la atribución de la competencia en los tribunales ubicados en Cataluña, donde la praxis judicial ya se orienta en esa dirección*". Se completaba la reivindicación de que el proceso ante el Tribunal Supremo se desarrollara en su integridad en lengua catalana con esta afirmación:* "…dado que el Tribunal Supremo no ha asumido el carácter plurilingüístico del Estado español, la única forma de garantizar los derechos lingüísticos de las partes es que el juicio se celebre en Catalunya, en nuestro caso ante la jurisdicción ordinaria al no ser aforados, según venimos reiterando. En caso contrario, resulta patente la vulneración de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias y con él el derecho fundamental del artículo 24 a un proceso debido y con todas las garantías*."* (p. 68-69).

6.2 DECISIONES PREVIAS DEL ÓRGANO JUDICIAL CONTRARIAS O RESTRICTIVAS DEL USO DEL CATALÁN

El **Auto de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2018** (Ponente: Manuel Marchena Gómez. Ref. CENDOJ: 28079120012018202162), relativo a las cuestiones de competencia, previas al enjuiciamiento propiamente dicho, alegadas por las partes en el juicio sobre el proceso soberanista catalán se reseña que la representación de esta parte (defensa de Jordi Cuixart) solicitó que el Tribunal Supremo declinara la competencia sobre los hechos enjuiciados, vinculando al derecho a un juez predeterminado por la ley, las dificultades para "*una defensa efectiva, para desarrollar un Juicio en el que no podrán utilizar su lengua materna de forma habitual*".[8]

Como se puede observar, ya en esta fase inicial **no se planteó** la cuestión de la óptica de la indefensión por desconocimiento lingüístico como motivo determinante de la solicitud de utilizar el catalán en las sesiones del juicio oral. El perjuicio desde el punto de vista que aquí se destacó apunta que el exceso de competencia del Tribunal violenta "el derecho a un juez predeterminado por la ley, el derecho a un juicio justo, a la doble instancia penal ya la legalidad penal "también en la medida que no se podría utilizar" la lengua materna ".

El TS no se pronuncia en este Auto con carácter resolutivo sobre la cuestión planteada (será más adelante, ya en 2019, que el TS rechazará el uso del

[8] En el resumen que consta en el Auto se lee:
"*La afirmación de la competencia de esta Sala -se añade- implicará la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a un Juicio justo, a la doble instancia penal y la legalidad penal. Además, se verá afectada '...la dignidad personal puesto que la asunción de competencia del Tribunal Supremo no deja de ser la configuración de un escenario en el que el enjuiciamiento se producía por un órgano jurisdiccional al que mis mandantes habrían de trasladarse personalmente en situación de prisión provisional, lejos de sus familiares y de sus equipos jurídicos, en condiciones que dificultarían el Ejercicio de una defensa efectiva, para desarrollar un Juicio en el que no podrán utilizar su lengua materna de forma habitual* "(FJ 1.1).

catalán en las sesiones del juicio una vez formulada esta petición explícitamente por las partes). Sin embargo, este Auto de diciembre de 2018 **ya preanuncia el criterio negativo respecto a utilizar el catalán.**

En efecto, el Tribunal apunta dos consideraciones para mantener, de entrada, una opción desfavorable al uso del catalán. En primer lugar, que "***la sobrevenida invocación del derecho*** *a que las Sesiones del Juicio se desarrolla en la lengua materna de los procesados contrasta con la ausencia de cualquier queja de indefensión durante el largo tiempo que ya han consumido la investigación y la fase intermedia de esta causa especial"*. En segundo lugar, que "**hacer depender el derecho a un proceso justo** de la distancia entre la sede del propio domicilio y la del órgano jurisdiccional o **del uso de la lengua materna** por los profesionales que asumen la defensa, conduciría al sinsentido de negar que ese derecho tenga vigencia, por ejemplo, en el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** "(FJ 5.1).

De esta aproximación inicial, sorprende ya que el Tribunal **no apunte hacia normas que regulan el uso de las lenguas propias de la comunidad autónoma** y que, de acuerdo con la interpretación del mismo TS, no permiten el uso escrito de estas lenguas fuera del territorio de la comunidad, incluso tampoco en los órganos jurisdiccionales centrales (así, por ejemplo, **no menciona el artículo 231.4 de la Ley orgánica del poder judicial**). Pero esta es una **laguna aparente**, porque de hecho el Tribunal no le interesa, en coherencia con la denuncia de la defensa, que en esta fase vincula directamente la merma del derecho de defensa a la imposibilidad de uso del catalán porque el juez no será el predeterminado por la ley y no habrá una primera instancia tal como sería preceptivo. En este sentido, el TS apunta, preliminarmente, las dos razones indicadas para desvirtuar la alegación: que el motivo **no se ha aducido en fases ant**eriores del procedimiento y que si esto vulnerara el derecho a un juicio justo llegaría a absurdo que esta misma vulneración ocurriría ante el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

En la respuesta del TS se observa, a nuestro entender**, una falacia argumental pues es que el problema no es de violación del derecho de defensa en el sentido radical de prohibición indefensión material (ex artículo 24.1,** in fine**, CE) que supone la falta de competencia idiomática, pasiva o activa, y** que suele alegarse en juicios cuyos encausados son extranjeros). Si fuera así, tendría sentido argüir –como hace el Auto- que no tiene sentido aducir un derecho que previamente no has invocado. Pero el caso es diferente: **aquí no hay desconocimiento, sino que una excepcionalidad procesal que vulnera, a juicio de la defensa, el juez predeterminado por la ley y lesiona el derecho de defensa también en este sentido lingüístico**. La afectación es obvia, porque lingüísticamente no es lo mismo celebrar un juicio en Cataluña que hacerlo en un órgano jurisdiccional central como el TS. Y, pese ello, aún sin afirmarlo expresamente, parece que el TS insinúa un cierto abuso de derecho en la petición

de las partes, sin ni siquiera plantearse el fundamento de la cuestión lingüística invocada en las normas reguladoras de los derechos y deberes lingüísticos en el ordenamiento constitucional español.

Dicho esto, tampoco parece de recibo el argumento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como término de comparación que propone el TS para valorar la merma o no del derecho de defensa. Se trata de un tribunal en el marco de un tratado internacional del que forman parte 47 estados, con unas competencias que nada tienen que ver con un juicio en la jurisdicción interna de un estado. El TS forma parte de la jurisdicción ordinaria del Estado y parece que **debería sentirse interpelado por los derechos derivados de la oficialidad del catalán,** lengua propia de un porcentaje minoritario, pero muy notable, de sus ciudadanos. Pero es que además el Tribunal Supremo español parece que desconoce que al TEDH todos los ciudadanos pueden dirigirse en cualquiera de las 47 lenguas oficiales, almenos en la fase preliminar, y que esto puede ser expresamente autorizado en las fases posteriores.

En este sentido, y como se desprende del análisis subsiguiente de la Sentencia dictada en la causa especial 459/2019, el argumento de fondo de las decisiones que afectan a la cuestión lingüística parte de la autoconcepción del órgano jurisdiccional superior del Poder judicial, con jurisdicción en toda España (art. 123 CE), como una institución ajena, en su actuación, a los parámetros y manifestaciones del principio de pluralismo lingüístico proclamado por la Constitución.

En la frase inicial del **apartado 3.2** se resume la posición adoptada por el TS en la fase de audiencia preliminar sobre la cuestión lingüística suscitada por las partes: "*La Sala, como ya anticipó* in voce *al resolver la audiencia preliminar, reconoció el derecho de los acusados a valerse del idioma catalán, pero rechazó la posibilidad de que el interrogatorio se practicara mediante traducción simultánea,* ***que habría exigido a los miembros del tribunal la utilización de auriculares***."
Se observa que la *ratio decidendi* que, textualmente, sostiene esta decisión denegatoria inicial -previa a la elaboración por la Sentencia de las razones jurídicas que la justifican-, apunta como interés protegido el propio de los miembros del Tribunal a no verse *obligados* a utilizar auriculares. Es preciso notar en este argumento una inversión de los términos lógicos del debate suscitado por los representantes partes, al anteponer [formalmente] los derechos o intereses de los miembros del Tribunal a los derechos esgrimidos por los justiciables.

6.3 LAS DOS RAZONES QUE OFRECE LA SENTENCIA PARA RECHAZAR EL USO DE LA LENGUA CATALANA

En el citado **apartado 3.2** de la Sentencia se avanzan las *razones*

justificadoras de la decisión previamente adoptada por el Tribunal: "*De un lado, por la afectación del principio de publicidad. De otra parte, por el verdadero significado constitucional del plurilingüismo en nuestro sistema, construido normativamente a partir de una delimitación espacial o territorial de su respectiva vigencia*" (pág. 69).

Así pues, las razones esgrimidas para no aceptar la petición sobre la utilización de la lengua catalana de las partes son dos:

1. La traducción simultánea solicitada por las partes afecta al principio de publicidad (desarrollada en el apartado **3.2.1**.)

2. El plurilingüismo en el sistema judicial español está construído normativamente a partir de una delimitación espacial o territorial de su vigencia (desarrollada en los apartados **3.2.2** y **3.2.3**).

6.4 LA COMPRENSIÓN SESGADA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL JUICIO ORAL DE LA LENGUA CATALANA

La primera justificación que se ofrece de la negativa del Tribunal a proporcionar la interpretación simultánea solicitada se basa en la necesidad de "*preservar todas las ventajas y garantías del principio de publicidad*" [pág. 70], al sostener que "*Si entender las preguntas de los Letrados y las respuestas de los acusados hubiera exigido disponer de auriculares, habríamos excluido de forma injustificada a todas aquellas personas que, hallándose en la sala de juicios, o siguiendo la retransmisión televisada del proceso no tuvieran a su alcance esos dispositivos. Habríamos también excluido a quienes siguieran el juicio a través de una señal de transmisión cuyos responsables no consideraran oportuno o rentable incorporar una voz en off que efectuara la traducción*".

Que las actuaciones judiciales de todo orden tengan carácter público es una garantía propia del Estado de derecho plasmada en el artículo 24.2 CE, ratificada en el artículo 120 de la CE ("Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento") y objetivada de forma general por el artículo 232.1 LOPJ. Como han reiterado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*ex* art. 10.2 CE, el artículo 24.2 CE debe ser necesariamente interpretado de conformidad con el artículo 6.1 CEDH, así como el artículo 14 PIDCP, con un contenido similar), con especial referencia al ámbito penal, la publicidad de las actuaciones y esencialmente de la vista oral, presenta una doble dimensión, subjetiva y objetiva: por un lado, protege a las partes en el proceso de una justicia sustraída al control público, y, por otro, contribuye a preservar la confianza en los tribunales al permitir que los ciudadanos conozcan directamente o por la presencia en ellos de los medios de comunicación social, como se administra

justicia (doctrina establecida inicialmente en dos SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Axen c. República Federal de Alemania y Pretto y otros c. Italia y hoy del todo consolidada: vid. SSTEDH día 15 de julio de 2003, casos Forcellini c. San Marino y Biagi c. San Marino, y SSTC 99/1987, FJ 2; y 64/1994, FFJJ 2 y 3). El derecho a un proceso público -dimensión subjetiva presente en las SSTC 167/2002, FFJJ 9 a 11, 324/2005, 24/2006 y 114/2006-, representa así una garantía frente a la arbitrariedad de los tribunales (art. 9.3 CE). No se trata de un derecho absoluto, previéndose como posibles límites en el artículo 6.1 CEDH el interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional, los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes, como también que pueda ser limitado por el propio tribunal si, en circunstancias especiales, estima que la publicidad puede ser perjudicial para los intereses de la justicia.

La Sentencia **no dedica ni una sola línea a precisar el contenido y alcance jurídico del principio de publicidad**. El argumento fundado en el principio de publicidad parte así de una comprensión indefinida o imprecisa del mismo. Ello permitirá que en la argumentación del TS se obvie completamente la dimensión subjetiva del derecho a un proceso público, en tanto que derecho-garantía de los acusados o justiciables, los cuales son sus únicos titulares, según señala el TEDH. Por el contrario, la Sentencia desplaza el eje de la protección conferida por el principio hacia unos hipotéticos –en el sentido que presuponen el desconocimiento del catalán y el conocimiento del castellano- y difusos intereses del público presente en la sala de plenos y de los espectadores televisivos. El desconocimiento absoluto de la dimensión subjetiva del derecho fundamental a un proceso público ampara así una concepción exorbitante de la publicidad, que permite anteponer los intereses económicos de los operadores televisivos que decidieran retransmitir el juicio (cuyo seguimiento televisivo, por cierto, fue exponencialmente más alto en Catalunya que en cualquier otra parte del Estado). Y, con ello, se elimina también del debate procesal cualquier consideración (inexistente en esta parte de la Sentencia) sobre el fundamento y alcance de los derechos lingüísticos invocados por los justiciables. No deja de sorprender, por este motivo, la conclusión de la Sentencia en este punto al sostener que: "*En definitiva, la vulneración del derecho a expresarse en su propia lengua no era tal*." (pág. 70 *in fine*).

La crítica principal que cabe formular en este punto es que, si no es partiendo de una comprensión claramente parcial y desviada de este principio, la publicidad de la vista oral nunca puede limitar los derechos procesales del acusado, y menos cuando -como se dirá- se reconoce que se disponía de medios para que ello no fuera así (por ejemplo, algo tan sencillo como poner en la televisión la interpretación del intérprete simultáneo). Frente a ello, un análisis de la cuestión desde los derechos fundamentales de los justiciables debería haber servido para amparar el uso de la lengua propia en las declaraciones y los interrogatorios de los acusados y,

en particular, el derecho de autodefensa en sede penal (art. 24.2 CE i 6 CEDH), en conjunción con el derecho a la vida privada, en tanto que fundamento de posibles límites del principio de publicidad, según lo dispuesto en el artículo 6.1 CEDH. En este último sentido, aunque en un ámbito distinto, el TEDH ha reconocido un contenido lingüístico en el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, por el cual se define una esfera de libertad lingüística en la que no cabe imponer el uso de la lengua oficial del Estado (STEDH de 6 de septiembre de 2007, caso Johansson c. Finlandia).

6.5 LA INTRODUCCION DE LA INDEFENSIÓN Y EL FORZAMIENTO DE LA LITERALIDAD DE LA DIRECTIVA 2010/64/UE Y EL ARTÍCULO 123 LECrim, PARA INTENTAR JUSTIFICAR LA RESTRICCIÓN IMPUESTA AL USO DE LA LENGUA CATALANA

En el mismo punto **3.2.1**, y como subargumento del TS tendente a demostrar que en su pretensión de evitar "*el sacrificio del principio de publicidad*" no se impidió el uso de la lengua catalana en las intervenciones de los procesados, se introduce por el Tribunal la cita de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos, y su trasposición por el nuevo artículo 123 LECrim (LO 13/2015, de 5 de octubre). En este pasaje de la Sentencia (p. 71-72) se observa un claro quiebro argumental, pues el Tribunal pasa a justificar la decisión adoptada –negativa al uso de la traducción simultánea solicitada- sobre la base de la prohibición de indefensión (argumento esbozado en ATS de 27.12.2018).

En efecto, en toda esta parte de la argumentación de la Sentencia se observa una confusión entre el derecho a no sufrir indefensión (reconocido por el inciso final del art. 24.1, si bien el TS no cita el precepto en ningún momento), y el derecho (o garantías) de autodefensa aducidas por los letrados de las partes[9] (garantías del 24.2 CE, en relación con el art. 24.1 primer inciso).

En el derecho procesal penal tal distinción conceptual es clara y, como se desarrolla brevemente, las implicaciones lingüísticas de ambas nociones tampoco son coincidentes.

[9] Así lo confirma la siguiente cita extraída de la Sentencia –relativa a la defensa letrada de los Sres. Junqueras y Romeva-, que recoge que los representantes de los procesados alegaron que la petición de realizar el interrogatorio en lengua catalana *"debe ser vinculada de forma directa con el derecho al juicio justo (6 CEDH) y su manifestación vinculada al derecho a la autodefensa, a la participación personal del acusado en su defensa, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH y como manifestación de los derechos a la tutela judicial efectiva, el proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa (24 CE) "* (pág. 73, párrafo segundo).

Por una parte, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental, y como tal de carácter irrenunciable, reconocido en el artículo 24.2 CE, correlativo a la acusación y basado en el carácter dialéctico del proceso, cuya finalidad es hacer valer la libertad de toda persona sujeta a un proceso penal. Su fundamento tiene un carácter complejo: en tanto que defensa formal (o defensa técnica, reconocida como derecho fundamental en los artículos 17.3 y 24.2 CE), halla su fundamento en el carácter técnico del proceso y las normas que lo disciplinan y en la necesidad de respetar la igualdad de las partes; en tanto que defensa material, incluye la autodefensa como conjunto de derechos y garantías que se atribuyen al procesado, constitutivas de un elenco que no podría ser apriorísticamente definido de forma acabada (entendiendo que la previsión del artículo 24.2 CE, relativa al derecho a un proceso con todas las garantías, aunque enunciada como derecho autónomo, es también, *a fortiori,* una remisión funcional), y que tiene como una de sus manifestaciones –con rango constitucional de derecho fundamental- la garantía de hacerse oír y exponer cuanto convenga para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, en el seno de la cual, y en lo que aquí interesa, cabría incluir el derecho de hacerlo en la lengua oficial propia.

Por otra parte, la prohibición de indefensión, consignada por el último inciso del art. 24.1 CE), se opone a cualquier tipo de indefensión material. Como han señalado el TEDH y el TC, la indefensión por motivos lingüísticos puede producirse cuando el acusado no comprenda o no tenga un conocimiento suficiente de la lengua del Tribunal. La garantía asociada al derecho fundamental a no sufrir indefensión por razón de lengua consiste en el derecho a la asistencia de un intérprete (o traductor). El derecho a intérprete recibe una formulación expresa en los tratados internacionales (art. 5 y 6 CEDH; art. 14 PIDCP). En el marco de la Unión Europea, la reciente Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010 ha definido un contenido mínimo común de este derecho en los estados miembros. En el caso examinado, la indefensión por motivos lingüísticos no se planteó en ningún momento por los representantes de los procesados,[10] lo cual se demuestra porque en tal caso su petición habría consistido en la habilitación de un intérprete del castellano hacia el catalán y no de un intérprete del catalán al castellano, tal como se solicitó.

Pues bien, habiendo constatado que la Sentencia sitúa el debate procesal en un contexto inidóneo respecto de la cuestión planteada por las partes, cabe señalar que su argumentación tampoco encuentra apoyo en la normativa que se invoca. En efecto, como se ha avanzado, la Sentencia ofrece como respaldo de su decisión denegatoria lo dispuesto en la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010,

[10] Cabe recordar que tal hipótesis fue valorada por la STC 74/1987 de 25 de mayo, que admitió que un ciudadano de nacionalidad española alegare válidamente ante un tribunal la falta de conocimiento suficiente de castellano, ante la existencia del deber de conocimiento establecido por el artículo 3.1 CE, al considerar que debía prevalecer en este supuesto el derecho a no sufrir indefensión del art. 24.1 CE y nombrando un intérprete.

relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos, y su trasposición por el nuevo artículo 123 LECrim (LO 13/2015, de 5 de octubre). Sin embargo, este último precepto legal recibe una interpretación sesgada que se sustenta en la cita parcial y fragmentada de su texto [en el último párrafo de pág. 71, y en el primero de la pág. 71], mediante la cual se desdibuja el mandato normativo que establece la traducción simultánea como medio de interpretación ordinario y solamente en el supuesto legalmente delimitado en el apartado segundo -"en el caso de que no pueda disponerse del servicio de traducción simultánea"-, se autoriza que la interpretación de las actuaciones del juicio oral se realice "mediante una interpretación consecutiva".

De la lectura de la Sentencia cabe concluir que su decisión no encuentra apoyo en el artículo 123 LECrim y es contraria también a lo dispuesto por la Directiva 2010/64/UE al afirmarse que: "*No han sido razones económicas ligadas a los costes del proceso. Tampoco dificultades técnicas que hicieran inviable la traducción simultánea*" [pág. 72]. Es decir, se reconoce expresamente que el rechazo del uso de la traducción simultánea –en tanto que medio normal de garantía del derecho a intérprete, según la normativa invocada- no se basó en el motivo previsto por la norma –carencia de medios suficientes- sino en otros motivos distintos y no previstos en ella (verbigracia, un argumento circular que nos retrotrae al cuestionado argumento del no sacrificio del principio de publicidad). Es preciso reiterar que la LECr no dice que se pueda utilizar traducción simultánea o consecutiva. Su mandato es que se utilice la simultánea y, si no es posible por falta de medios, la consecutiva. Esta última, en la práctica, no deja de ser un "resumen" de lo que dice el interviniente. La traducción simultánea se utiliza sin ningún problema en el ámbito judicial y en muchos otros.

Ante ello resulta lógico preguntarse ¿por qué, si se disponía de los medios necesarios –como se afirma expresamente por la Sentencia-, se exceptuó aquello dispuesto por la Directiva 2010/64/UE y la LECrim y se impuso a las partes como única alternativa el uso de la traducción consecutiva? Es palmario, pues, que en relación con el Sr. Cuixart la Sentencia realiza una interpretación restrictiva del desarrollo legal del derecho a intérprete.

En la línea del anterior ATS de 27 de diciembre de 2018 (véase lo apuntado sobre la insinuación de abuso de derecho), la función a la que parece servir este argumento es, por un lado, tratar de desacreditar el fundamento de la petición de las partes y sus abogados de poder utilizar la lengua catalana entendiendo que "*lo que se reivindicaba no era el empleo de la lengua catalana, sino un método de comunicación –auriculares con traducción simultánea"*[11]; y, por otro lado, presentar

[11] Al sostener que fueron los letrados y sus representados quienes rechazaron la alternativa ofrecida por el Tribunal (traductores jurados en interpretación sucesiva, frente a la traducción simultánea solicitada), se dice que "*la Sala ofreció, incluso a quienes no lo habían solicitado de forma expresa, la posibilidad de*

el uso final del castellano en los interrogatorios –al no estar conformes las partes con la traducción consecutiva ofrecida[12]- como una renuncia voluntaria que no sería problemática desde la perspectiva impuesta de la no indefensión.

Es en este contexto que se aduce por la Sentencia que: "*El juicio, por tanto, se desarrolló con absoluta normalidad, sin que durante los interrogatorios se expresara por las partes alguna dificultad en el entendimiento de lo que se estaba preguntando y sin que se quisiera hacer algún matiz impuesto o aconsejado por el empleo del idioma oficial del Estado*"; y que , pág. 70, párrafo tercero) y que la grabación del juicio "*es la mejor muestra de la fluidez, la precisión y el dominio de la lengua castellana. Su capacidad argumental, la solidez dialéctica y, en algunos casos, la brillantez de sus exposiciones, disipan cualquier duda acerca de la alegada indefensión*."

Cualquier lectura que se haga de estas afirmaciones debe concluir que **no se puede argüir la brillantez discursiva del acusado como argumento para rebatir el derecho a la traducción simultánea, dado que la objeción de las representantes partes no versaba sobre la capacidad dialéctica de los intervinientes, sino sobre el respeto de sus derechos y la *interpretación pro libertatem***.

En definitiva, la valoración global de este argumento no dista de la que ha merecido el argumento fundado en el principio de publicidad, pues el TS trata igualmente de evitar cualquier análisis del derecho fundamental alegado, esto es el derecho de autodefensa y sus manifestaciones lingüísticas, conectadas con derechos dotados de rango constitucional. Esta ausencia de cualquier consideración sustantiva –no meramente formal- de los derechos lingüísticos de los justiciables se evidencia al justificarse su restricción –en el contexto impropio de la prohibición de indefensión- sobre la base de motivos no previstos en la normativa que se aduce (Directiva 2010/64/UE i art. 123 LECrim), en contra del principio *pro libertatem*.

En definitiva, el análisis de las *razones* desarrolladas a lo largo del punto 3.2.1. de la Sentencia pone de manifiesto que los derechos lingüísticos de los procesados no fueron en ningún momento adecuadamente ponderados por el Tribunal, ni en cuanto a su fundamento y alcance ni en cuanto a su garantía material, ya que se argumenta a partir de principios externos a los mismos (publicidad,

---

practicar en lengua catalana los actos procesales en los que debieran tener alguna intervención. A tal fin, la gerencia del Tribunal contrató – y siguieron estando en la sala por si el desarrollo del juicio así lo exigía- dos intérpretes jurados de catalán. Sin embargo, ninguno de los acusados quiso valerse de intérpretes para sus respuestas, renunciando expresamente a lo que reivindicaba como su derecho y contestando el interrogatorio en castellano." (p. 70, párrafo tercero)

[12] Véase el resumen de las partes en el punto 3.1. donde se recoge que sostenían que solo la traducción simultánea permite evitar las interferencias ocasionadas por un traductor que se interpusiera en el mensaje que cada acusado quería transmitir al tribunal.

indefensión) para acabar concluyendo que los primeros no fueron vulnerados.

6.6 EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLURILINGÜISMO EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL A PARTIR DE UNA DELIMITACIÓN ESPACIAL O TERRITORIAL DE SU VIGENCIA

En los apartados **3.2.2 y 3.2.3** se desarrolla la segunda razón del rechazo a la petición lingüística de las partes en el proceso, por la cual se sostiene que el plurilingüismo en el sistema judicial español está construido normativamente a partir de una delimitación espacial o territorial de su vigencia. El *iter* argumental de esta parte de la Sentencia adopta como punto de partida del análisis los límites de los derechos lingüísticos (en el plano territorial o espacial), sin que en ningún momento se defina positivamente en qué consisten tales derechos lingüísticos, ni cuál es su fundamento y posible alcance en el contexto analizado. En este sentido, la técnica argumentativa se asemeja mucho a la ya vista del apartado 3.2.1.

Así, tras reproducir la literalidad del artículo 3 CE, que se presenta aludiendo a las "*modalidades lingüísticas*", y evitando –mediante la cita que se hace a la STC 205/1990 alusiva a "*las dificultades para precisar el alcance de los mandatos constitucionales y legales que versan sobre esta cuestión (…)* "- cualquier consideración sobre el contenido propio de nociones nucleares del régimen lingüístico que consigna este precepto constitucional (y entre ellas, destacadamente, la referencia a las *lenguas españolas*, el estatuto de lengua oficial y el derecho de uso y deber de conocimiento del castellano), el Tribunal va a situar como base de su argumentación dos textos: la LOPJ y la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias.

a) En primer lugar, el artículo 231.1 LOPJ, que el TS refiere –en cita no literal[13] - de la manera siguiente:

"*El art. 231.1 de la LOPJ proclama que el castellano, en su condición de lengua oficial del Estado, será el idioma usado en todas las actuaciones judiciales. El apartado 3 de ese mismo precepto, en consonancia con la previsión del artículo 3 de la CE, autoriza a las partes, a sus representantes, a los peritos, a los testigos y a los Letrados, a valerse de una lengua cooficial cuando se trate de actos procesales practicados en el territorio de una comunidad autónoma*." (pág. 73).

---

[13] El artículo 231.1 LOPJ establece que "*En todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usarán el castellano, lengua oficial del Estado*".

Por su parte, el apartado 3 del precepto dispone: "*3. Las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas.*"

Es preciso destacar el tenor literal del razonamiento que antecede a esta referencia a la LOPJ, que se limita a señalar que "*La Sala rechazó esta petición*" [relativo al uso del catalán en los interrogatorios a los procesados] "*Y lo hizo en cumplimiento de un imperativo legal*". Y, después de citar el texto legal, el argumento se concluye diciendo que "*La sede del Tribunal Supremo fuera de ese ámbito territorial explica y justifica la exclusión de esa posibilidad.*" (pág. 73).

Como puede observarse, esta forma de razonar **presenta como algo 'evidente', esto es no necesitado de justificación, aquello que en realidad no lo es**. Solo la notada ausencia de marco sustantivo previo (régimen lingüístico en la CE y los Estatutos de autonomía) y la cita descontextualizada de la LOPJ permiten sostener tal 'evidencia'. Y, por ello, si estuviera ausente del trasfondo de la argumentación el prejuicio –señalado al inicio- contrario a reconocer cualquier afectación del TS por el principio plurilingüístico, **lo lógico hubiera sido reconocer que la cuestión suscitada plantea importantes dudas interpretativas y no obtiene respuesta con la mera remisión efectuada a la LOPJ**. Y ello es así por dos razones vinculadas a lo expuesto, y otra adicional:

- En cuanto al apartado primero del art. 231, porque se refiere a la lengua utilizada por los magistrados, jueces, fiscales, secretarios y demás autoridades judiciales, y por lo tanto no prejuzga el derecho de los justiciables a utilizar una lengua distinta del castellano.

- En cuanto a su apartado tercero del art. 231 LOPJ, porque el hecho de que esta norma despliegue y delimite –de manera ciertamente cuestionable, por restrictiva, como se dirá- los derechos derivados de la oficialidad de las lenguas propias que tienen los intervinientes (las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos) en los juicios que tienen lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma, no permite presuponer, y menos de la forma que lo hace la Sentencia –haciendo ver que la cuestión es clara en la normativa-, que los hablantes de estas lenguas oficiales no tengan ningún derecho lingüístico ante los órganos jurisdiccionales de ámbito estatal.

- Y cabría añadir, como razón adicional de la falta de claridad, las dos interpretaciones posibles en relación al apartado 4 del artículo 231 LOPJ[14] –

[14] El apartado 4 establece: "Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, **sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia**. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo, en este último caso, si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente, o por mandato del Juez o a instancia de parte que alegue indefensión".

y su conexión con el apartado precedente-, que la Sentencia no menciona, y que quedan reflejadas en la existencia de resoluciones contradictorias dentro del mismo Tribunal Supremo; por un lado la interpretación restrictiva de su alcance, y por otro la interpretación que efectúa el Auto de fecha 24-11-2009, dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo (Recurso Casación núm. 31/2009).[15]

b) La referencia que hace la Sentencia a la **Carta de las Lenguas Regionales y Minoritarias** se explica porque las defensas de las partes alegaron este instrumento en respaldo de su posición. Tras la cita –en este caso literal- del artículo 9, relativo a la 'Justicia' (inciso inicial y letra *a*, referente a los procedimientos penales), el TS concluye directamente: "*Han sido, por tanto, las previsiones de la Carta y del art. 3 de la CE las que han inspirado las soluciones ofrecidas por la Sala a la petición de las defensas que el juicio se desarrollara en su integridad en lengua catalana. La definición de un espacio territorial de cooficialidad en el que la lengua catalana puede convertirse en lengua del proceso, no solo es consecuencia del mandato constitucional y de su reflejo en la legislación orgánica (cfr. Art. 231 LOPJ), sino también del entendimiento y de la aplicación práctica de la Carta.*" (pág. 75)

En este apartado la Sentencia **utiliza la Carta europea de LRM y los informes sobre su aplicación para limitar los derechos lingüísticos en el ámbito procesal** al establecer de manera rigurosa el territorio como límite de la oficialidad, y también de los derechos lingüísticos de los acusados, cuando en realidad el que está en cuestión es si el Tribunal ha hecho una interpretación del derecho procesal del acusado en sentido restrictivo e injustificado y contrario a las pautas interpretativas que dan las normativas aplicables.

En efecto, el Tribunal utiliza la cita indirecta de los informes del Consejo de Europa, a través de la cita que de ellos hace el quinto informe sobre el cumplimiento en España de la CELRM elaborado por el Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales –cabe recordar que las fuentes directas, tanto los informes del Comité de Expertos como las recomendaciones del Comité de Ministros, se encuentran disponibles permanentemente en la página web www.coe.int- y, en concreto de la recomendación del Consejo de Ministros que instaba a los poderes públicos a que

[15] Según la primera interpretación, el apartado 4 se refiere exclusivamente a las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados ante los órganos judiciales con sede en la Comunidad Autónoma, que deban tener eficacia procesal fuera de ésta (como sería, por ejemplo, el escrito anunciando el recurso de casación); en cambio, según la segunda interpretación, el apartado 4 se refiere tanto a la presentación de escritos o documentos ante órganos radicados fuera de la Comunidad Autónoma (como sería el escrito formalizando el recurso de Casación) como dentro de la misma Comunidad Autónoma, que deban tener eficacia procesal fuera de esta (el precitado escrito anunciando el recurso de casación).

"1.- *modifiquen el marco jurídico con el objetivo de dejar claro que las autoridades judiciales, penales, civiles y administrativas en las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo los* procedimientos en las lenguas cooficiales a petición de cualquiera de las partes; 2.- continúen adoptando las medidas jurídicas y prácticas necesarias para garantizar que una proporción adecuada del personal judicial destinado a las Comunidades Autónomas a las que sea de aplicación el artículo 9 de la Carta tenga capacidad para trabajar en las lenguas pertinentes".

Cabe destacar lo irónico de la cita, pues **lo que viene diciendo el Consejo de Europa** en los últimos informes -ante la reluctancia manifestaba reiteradamente por las autoridades del Reino de España a introducir los cambios en la organización lingüística del poder judicial requeridos desde el ciclo inicial de control del cumplimiento de este tratado internacional- **es que el artículo 231 LOPJ, en su redacción actual, constituye el principal impedimento legal para poder cumplir las obligaciones asumidas por el Reino de España en el marco del art. 9 de la Carta, relativo a la justicia**. De modo –y de aquí lo contradictorio del argumento- que el TS se apoya en la constatación de un incumplimiento de las obligaciones lingüísticas impuestas por la Carta, originado por la deficiente implementación del principio de doble oficialidad en el poder judicial en las comunidades autónomas, para tratar de fundamentar el monolingüismo en los órganos jurisdiccionales de ámbito estatal. La falacia del argumento –justificar la adecuación de una decisión restrictiva del derecho lingüístico sobre la constatación del incumplimiento de una obligación con el mismo objeto- salta a la vista. Y ello por más que el TS, tergiversando la posición sostenida por el Consejo de Europa –otra vez sobre la base de la preterición del marco interpretativo necesario de la cuestión analizada-, trate de presentar como dos textos en perfecta harmonía la Carta y la LOPJ, concluyendo así el argumento: "*Como puede observarse, la limitación territorial al ámbito de las comunidades autónomas vuelve a hacer acto de presencia, en la misma línea que ya proclamara el precepto constitucional y su desarrollo orgánico (arts. 3 CE y 231.3 LOPJ*" (p. 75)

Es asimismo la referencia a la Carta, amparándose también en algunas de las peticiones de las partes que se fundamentaban en el texto de este instrumento como la tramitación íntegra del procedimiento en catalán –pero vinculándola a la cuestión de la falta de competencia del órgano jurisdiccional, que la Sentencia analizará en otro punto, el **3.2.4.**-, la palanca de otro **salto argumentativo en la Sentencia, que razona sobre la imposibilidad de la tramitación íntegra del procedimiento en catalán -ante el TS- para acabar negando la posibilidad de usar esta lengua en los interrogatorios y las alegaciones de las partes.** Así, se concluye en la pág. 77:

"*No existe, por tanto, el derecho a la utilización de un mecanismo de*

traducción simultánea que *<u>oblique al Tribunal Supremo</u>* *a presenciar el desarrollo de la práctica de la prueba y las alegaciones de las partes en un idioma distinto del idioma oficial".*

Y el salto lógico se evidencia porque el propio TS, en un párrafo anterior, ha establecido la distinción entre las dimensiones activa (derecho de uso por el justiciable) y pasiva (derecho a ser atendido por el órgano judicial en la lengua, que implica su uso como lengua de tramitación del proceso y de redacción de los escritos dirigidos a las partes). Así, tomando como referencia otra vez el Informe sobre la aplicación de la Carta elaborado por las autoridades españoles para el período 2006-2008 (y no, como sería lo pertinente, el propio texto del Estatuto de autonomía de Cataluña), se dice:

> "*En su apartado 2º -Justicia-, al glosar el alcance del artículo 33.2 del Estatuto de Cataluña, aclara que <<el precepto citado afirma el derecho de uso de la lengua dentro del ámbito territorial de Cataluña, precisando en este caso sus* *<u>vertientes activa</u>* *(lengua en la cual la persona puede dirigirse a estos órganos)* *<u>y pasiva</u>* *(derecho a que la persona sea atendida en la lengua oficial escogida), y con la previsión explícita de que del ejercicio de este derecho no pueden derivar perjuicios o cargas para las personas* >>. <u>La misma idea está también presente en el art. 33.5 del referido Estatuto"</u> (p.76)

Pues bien, la falacia del argumento consiste en fundamentar la decisión restrictiva del uso del catalán sobre las previsiones de la Carta y del artículo 33.2 EAC –éstas sí coincidentes en cuanto a su contenido preceptivo-, que comprenden las dimensiones activa y pasiva del derecho de opción lingüística, para **restringir (a los acusados) o negar (en el caso de los testimonios) el uso del catalán en la sola dimensión activa.**

La voluntad del TS de rehuir cualquier argumento que tome como punto de partida los derechos lingüísticos reconocidos a nivel internacional[16] o interno –en la Constitución y los Estatutos de autonomía- se pone de manifiesto en el tratamiento del **artículo 33.5 EAC**[17], que era una de las normas relevantes para la interpretación del caso que se le planteaba. Por un lado, en la frase final el párrafo antes citado de la pág. 76, la referencia al precepto resulta totalmente incomprensible, y prueba de ello es que se presenta como equivalente al artículo 33.2 EAC cuando este último

[16] La misma obsesión por negar los derechos lingüísticos inspira la elección del párrafo del informe explicativo de la CELRM que reproduce la pág. 78 de la Sentencia y que explica que la Carta no otorga derechos individuales o colectivos a los hablantes de las lenguas regionales o minoritarias.

[17] ART. 33.5 EAC "*Los ciudadanos de Cataluña tienen el derecho a relacionarse por escrito en catalán con los órganos constitucionales y con los órganos jurisdiccionales de ámbito estatal, de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación correspondiente. Estas instituciones deben atender y deben tramitar los escritos presentados en catalán que tendrán, en todo caso, plena eficacia jurídica*"

apartado **solo hace referencia directa al aspecto activo del derecho**. También resulta sorprendente que en la cita que sigue de la STC 31/2010 se silencie que la misma se refiere precisamente al análisis del art. 33.5 EAC. Y, al no hacerlo así, se destaca únicamente el sentido limitador de la doctrina constitucional,[18] eludiendo cualquier alusión al derecho lingüístico estatutario que constituye el objeto de interpretación de **la STC 31/2010**, que **reconoció la constitucionalidad del artículo 33.5 EAC, sin terminar de concretar su alcance práctico.**

Esta operación interpretativa, consistente en despejar de la argumentación cualquier ponderación sustancial –y no aparente o formal- con los derechos lingüísticos, permite llegar a tan sorprendente –y falaz también- afirmación: "*La claridad del cuadro normativo llamado a la regulación del uso de una lengua cooficial en los actos procesales practicados ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, descarta cualquier duda acerca de la improcedencia de la petición de las defensas*" (p. 78).

Y es que en realidad **no existe tal claridad en la normativa**, como se pretende aparentar. Por el contrario, se ha hecho caso omiso a todas las recomendaciones del Consejo de Europa en relación con el cumplimiento de la Carta europea de lenguas regionales o minoritarias por parte de España, no se ha hecho ningún desarrollo del artículo 33.5 del Estatuto de Autonomía con respecto al uso del catalán escrito en órganos judiciales centrales y, en relación con el supuesto analizado, no se tiene en cuenta la excepcionalidad de un juicio que sustrae la actuación judicial de la oficialidad del catalán en hacerse en un órgano radicado en Madrid, y ni siquiera se ofrecerá el medio de interpretación ordinario en estos casos, que es la interpretación simultánea. **El TS actúa como un órgano rigurosamente monolingüe** y trata un caso como este no ya como si los encausados fueran extranjeros (de hecho, lingüísticamente les atribuye una condición peor respecto de lo previsto en la Directiva y la LECrim), sino, sobre todo, como si la lengua fuera extranjera.

Por todo lo antedicho, cabe considerar desacreditado y vacuo el intento ulterior de la Sentencia -plasmado en la parte final de este apartado 3.2.3- de presentar la decisión del Tribunal como respetuosa y generosa con los derechos lingüísticos.[19] Y denunciar, desde la perspectiva reiteradamente omitida de los

---

[18] Citada en pág. 77, sin expresión del fundamento jurídico de la STC 31/2010 referida.

[19] *"Se optó, por tanto, por una interpretación extensiva del derecho de opción lingüística que otorga el art. 33.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, más allá incluso de los límites que enmarcan su ejercicio. Se subrayó también la importancia de que la facultad que concedía la Sala para responder mediante intérprete al interrogatorio de las partes fuera desvinculada de toda idea de indefensión, como parecía insinuarse en algunos de los escritos mediante los que, en la fase intermedia, se reivindicaba la fórmula de la traducción simultánea. No ha habido indefensión. El examen de la causa pone de manifiesto que no existió a lo largo de la dilatada fase de investigación, en la que se adoptaron por el instructor importantes y trascendentes medidas cautelares, ninguna alegación acerca de la conveniencia de una defensa en*

derechos de los justiciables, la pretensión de justificar la restricción impuesta a sus derechos como una renuncia de los mismos.[20] En todo caso, la constatación de cierto exceso de autojustificación del TS en este punto –que reitera otra vez los argumentos precedentes- es también indicativa de la endeblez de la base de las decisiones tomadas desde la perspectiva de los derechos de los justiciables.

En conclusión, **la Sentencia sostiene enfáticamente que no se han vulnerado los derechos lingüísticos de los procesados, cuando se ha constatado que se halla ausente de su argumentación cualquier consideración substantiva sobre el fundamento y alcance de tales derechos lingüísticos**. En este sentido, cabe señalar que el Tribunal Supremo no ha centrado la cuestión planteada de acuerdo con la normativa internacional i interna relevante para responder a la cuestión lingüística suscitada (reconocimiento del derecho al debido proceso o a un proceso con todas las garantías y proyecciones del principio constitucional de plurilingüismo) y no ponderó los derechos lingüísticos de los procesados como manifestaciones de las garantías de autodefensa, sino que utilizó argumentos externos –y en buena medida falaces- para negar su afectación.

6.7 EL RÉGIMEN JURÍDICO EXISTENTE DEL CATALÁN

En el marco del art. 3.2 CE, el artículo 6.2 del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006 establece que "el catalán es la lengua oficial de Cataluña", y señala que "También lo es el castellano, que es la lengua oficial del Estado español". De entrada, el estatuto jurídico de oficialidad del catalán hace que sea inadecuada la calificación como ***"lengua vernácula"*** que le aplica reiteradamente la Sentencia (apartado 3.2.3), un término sociológico y hoy totalmente en desuso por la sociolingüística, y que incluso denota cierto menosprecio respecto de su estatuto jurídico formal. En efecto, la oficialidad se traduce, como una de sus principales manifestaciones, en el reconocimiento de derechos y deberes relativos a la lengua que recibe este estatus, como destacó la STC 31/2010 al examinar los derechos y deberes consignados en el capítulo III del titulo I del Estatuto catalán. A efectos de precisar el marco constitucional de esta declaración cabe recordar también que, de

---

lengua catalana. Ni durante los interrogatorios, ni en las vistas de los recursos contra las resoluciones interlocutorias suscritas por el Excm. Sr. Magistrado instructor, se adujo por las defensas dificultad idiomática alguna que aconsejara la petición de un traductor. " (pág. 78 final)

"En suma, ni siquiera la interpretación más flexible del derecho de los acusados a expresarse en lengua catalana, incluye en su contenido el derecho a que la traducción se verifique por uno u otro sistema de comunicación. Lo verdaderamente relevante es si se ha otorgado o no la posibilidad de expresarse en catalán. Y esa capacidad de elección fue inequívocamente puesta al servicio de los acusados." (pág. 79)

[20] *"En el acto del juicio oral los acusados optaron por expresarse en castellano, renunciando de forma explícita al uso de la lengua vernácula. También rechazaron valerse de los dos intérpretes de lengua catalana puestos a su disposición por el tribunal. A la vista de esa actitud, cuya legitimidad no oculta su intensa carga simbólica, la Sala constató que el desacuerdo no estaba tanto en la lengua de desarrollo del juicio oral sino en la metodología empleada para su traducción"* (p. 79)

conformidad con el artículo 147.1 CE, los Estatutos son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma "*y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*".

Ciertamente, el texto constitucional, atendiendo a su sistemática y contenido regulador, no identifica los derechos lingüísticos derivados de la oficialidad (así, respecto del derecho de uso del castellano establecido en su art. 3.1) como derechos fundamentales. Pero es también sabido que **determinados derechos fundamentales pueden presentar un contenido lingüístico** (por ejemplo, el derecho a la tutela judicial –véase las SSTC citadas anteriormente sobre la prohibición de indefensión y la 166/2005, que alude también a la prohibición de discriminación-; el derecho a la educación –por todas, STC 337/1994- o el derecho a la intimidad – STC 201/1997).

El reconocimiento de esta dimensión lingüística ínsita en los derechos fundamentales viene también determinada por el **artículo 10.2 CE, que incorpora un mandato de interpretación de las normas constitucionales sobre esta materia de conformidad con los tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.** Y, para no extenderse mucho en este punto, solo cabe recordar que la Carta de les Lenguas Regionales o Minoritarias expresa en su preámbulo que "el derecho a utilizar una de dichas lenguas en la vida privada y pública" constituye "un derecho imprescriptible, de conformidad con los principios contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y de acuerdo con el espíritu del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales."

Incluso más allá del contenido lingüístico inherente a ciertos derechos humanos o fundamentales, el Tribunal Constitucional ha reconocido, **en relación con las lenguas que gozan de una protección estatutaria o legal, que la conexión del uso lingüístico con el ejercicio de un derecho fundamental debe modular la interpretación y aplicación de las previsiones legales restrictivas.** Un ejemplo claro lo ofrecen las SSTC 48 y 49/2000, que fundamentan en los derechos de participación política representativa del artículo 23.2 CE una garantía del uso público de una lengua no oficial, avalando las candidaturas electorales presentadas en bable / asturiano, lengua reconocida estatutaria y legalmente, a partir de una interpretación de la legalidad favorable o no restrictiva del derecho de acceso al cargo público representativo, con respecto a los requisitos de admisibilidad de las candidaturas previstos por la legislación electoral.[21]

En el supuesto que es objeto de la Sentencia analizada, los representantes

[21] Se variaba así la doctrina de la anterior STC 27/1996, que consideraba que "*sólo las lenguas cooficiales se encuentran permitidas como vehículo de los procedimientos administrativos, y el bable no lo es puesto que el Estatuto del Principado no lo establece así*".

de las partes identificaron claramente en sus diversos escritos cuáles se consideraban los derechos fundamentales negativamente afectados por la posición adoptada por el tribunal respecto de la cuestión lingüística. Por un lado, el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley; y, por otro –y desvinculable del anterior, por sus ramificaciones más amplias- el derecho fundamental al proceso debido. Por lo tanto, **las partes situaron claramente el derecho de uso de la lengua catalana,** que además de la lengua propia goza de un estatuto oficial de conformidad con el Estatuto de Autonomía, **en el marco de las garantías procesales dotadas de rango de derecho fundamental**. Así, se decía en el escrito de cuestiones previas presentado por esta parte:

> "*En definitiva, la cuestión del ejercicio de los derechos lingüísticos de los acusados, de los letrados, testigos y peritos según la CELRM y el propio 231 LOPJ aconsejaba la interpretación de la competencia de la presente causa a favor de los tribunales catalanes (...) todo ello sin perder de vista que las decisiones aprobadas sobre este ámbito pueden comprometer el derecho fundamental al debido proceso (**art. 24.2 CE y 6 CEDH**) según proclamaba la Sentencia del Pleno de la **Sala Penal de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 2008** que anuló un juicio oral precisamente por violación del derecho al proceso justo por no haber sido respetado el derecho de elección lingüística por parte de dos ciudadanos catalanes ante este tribunal."*

Y, según nuestro parecer, y conforme a la jurisprudencia constitucional, **la argumentación debía partir** de esta perspectiva, esto es, **del contenido del derecho fundamental al debido proceso o a un proceso con todas las garantías** (el ATC 166/2005 citado infra admitió "integrar esa misma asistencia del intérprete "sin violencia conceptual alguna" en el perímetro del derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE)") Y, a partir de aquí, **el tribunal no podía obviar la obligación interpretativa del juzgador a favor de la libertad** al interpretar el marco normativo existente (e integrar sus vacíos o carencias regulatorias antes señaladas), ponderando la afectación de los derechos lingüísticos de las partes. **Y esta exigencia era, si cabe, más perentoria e ineludible en el caso del procesado Sr. Jordi Cuixart, que es presidente de la entidad cultural Òmnium Cultural entre cuyos objetivos fundacionales se encuentra la promoción y protección de la lengua catalana**. De modo que la trayectoria del procesado como activista cultural y defensor de los derechos humanos, en particular de los derechos lingüísticos, determinaba que el hecho de declarar en catalán pasaba a formar parte del mensaje, y constituía un aspecto fundamental de la identidad y de las convicciones del acusado, no siendo un aspecto accesorio o meramente instrumental.

De hecho, esta parte –como se observa en cita previa- ya aportó a la causa el precedente interpretativo constituido por la **Sentencia de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 2008, que analizó la cuestión del uso oral**

de la lengua catalana en la vista oral desde una perspectiva garantista, debiendo destacarse los siguientes puntos de su argumentación, trasladables con las matizaciones que requiera el supuesto actual:

a) La toma en consideración de la especialidad del órgano juzgador:

"*Hay que tener en cuenta que la Audiencia Nacional es un órgano especializado por razón de la materia con competencia en todo el territorio del Estado, que opera colmo extensión del juez natural del lugar de ejecución del hecho llamado para conocer respecto a otros títulos de imputación (art. 14 LECrim y 65 LOPJ). Para dotar de eficacia plena al derecho de defensa personal ha de interpretarse la norma aplicable, el art. 231 LOPJ , conforme a los principios constitucionales de especial respeto y protección de las* ***lenguas*** *regionales y atender a la incidencia que la condición de hablante de una* ***lengua*** *cooficial tiene en el desenvolvimiento del juicio penal, en el desarrollo de la prueba, en especial en el interrogatorio del acusado -donde habrá que reconocer su facultad de optar por aquella* ***lengua*** *que considere más idónea para su mejor defensa-, y en el derecho a la última palabra*."

b) La eficacia directa de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE):

"*Esa es la razón por la que el Tribunal enjuiciador* ***viene obligado a facilitar la traducción de lo que declara el acusado en una lengua distinta a la oficial, ya sea propia de una comunidad autónoma o extranjera, para dotar de eficacia directa a los derechos fundamentales, lo que proclama el art. 53.1 CE*** *, sin necesidad de ninguna ley que lo autorice expresamente (STC 105/2000, de 13 abril)."*

"*La* ***eficacia del derecho a defenderse personalmente en todo momento y lugar en la lengua materna fue reconocido por la doctrina constitucional, incluso*** *en la declaración del imputado ante la policía, como manifestación de la posibilidad de relacionarse en forma comprensible (STC 74/1987 , ya mencionada)."*

"*Porque la opción de declarar en su* ***lengua*** *materna corresponde de manera exclusiva al acusado en ejercicio de su derecho público subjetivo a la autodefensa o defensa personal, derecho personalísimo recogido en el art. 24.2 de la Constitución, la decisión judicial ha generado la indefensión de los acusados, sujetos principales del proceso, precisamente en el acto del plenario*."

c) La interpretación en sus propios términos del deber de conocer la lengua

castellana (art. 3.1 CE), rechazando –como consideró el juzgador de instancia[22]- que comporte el deber de usarlo, y excluya por consiguiente el derecho a expresarse en catalán, teniendo en cuenta la prohibición de una interpretación extensiva en contra de un derecho fundamental:

> *"El incumplimiento del deber de conocer el castellano no justifica, en ningún caso, la violación del derecho fundamental a defenderse personalmente en la **lengua** materna."*
>
> *"(...)los acusados tienen el deber de conocer el castellano, como demostraron al entender las preguntas que se les dirigían, pero optaron por expresarse en su **lengua** propia para su mejor defensa, decisión que en condiciones de normalidad a ellos compete de manera exclusiva"*

d) Se centra el debate inicialmente sobre la base del alcance constitucional del principio plurilingüístico y su incidencia en la interpretación del contenido del derecho fundamental:

> "*El Tribunal, como todos los poderes públicos por mandato del art. 3 de la Constitución , debe respetar y proteger de manera especial las **lenguas** españolas, no sólo el castellano **lengua** oficial del Estado, sino también las **lenguas** propias de las comunidades autónomas -en el caso del catalán se recoge en el art. 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña - que forman parte de nuestro patrimonio cultural. Ha de advertirse que el catalán es la **lengua** utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza en el territorio de la comunidad, según dispone esa norma. Ahí radica la importancia de declarar en catalán para quien se ha socializado en la familia y en la escuela en este idioma. **Es una garantía del derecho de defensa permitir al acusado que se exprese en su lengua materna**. Desde esa perspectiva ha de abordarse el conflicto*."

e) La interpretación del articulo 231 LOPJ se enmarca, y no precede ni se impone –como en la STS analizada-, por las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos:

> *"La asistencia de intérprete se configura como expresión del derecho a un*

[22] FJ 1: "*El juzgador, según se desprende de los fundamentos de la sentencia y de la grabación audiovisual de la vista, entendió que los acusados conocían el castellano, por lo que interpretó que, dada su condición de lengua oficial del Estado y el deber de todos los españoles de conocerla, no era necesario el nombramiento de intérprete. Además, como los dos acusados habían declarado en catalán y el juzgador consideraba que el derecho a expresarse en su propia lengua "no está reconocido fuera de los respectivos territorios", les tuvo como si no hubieran respondido al interrogatorio de las partes y les impidió o coartó el ejercicio del derecho a la última palabra*."

proceso justo, porque es el medio adecuado para hacer factible el diálogo de la parte, en este caso los acusados principales protagonistas del proceso en cuanto sujetos del mismo, con las otras partes y con el juez, derecho que ha de entenderse recogido en el art. 24.1 CE que proscribe la indefensión en cualquier caso (STC 74/1987, de 25 mayo) o formando parte del derecho a la defensa del art. 24.2 CE , porque está al servicio de la comprensión de lo que se dice en el juicio y permite a las partes intervenir en la prueba, alegar, debatir y contradecir de manera efectiva. Esa es la razón por la que el Tribunal enjuiciador ***viene obligado a facilitar la traducción de lo que declara el acusado en una lengua distinta a la oficial, ya sea propia de una comunidad autónoma o extranjera, para dotar de eficacia directa a los derechos fundamentales, lo que proclama el art. 53.1 CE*** *, sin necesidad de ninguna ley que lo autorice expresamente (STC 105/2000, de 13 abril).*

f) El recurso al derecho internacional, en referencia a la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, conforme al mandato que se desprende del art 10.2 CE, como criterio integrador –y no exclusivamente limitador- del contenido de los derechos constitucionales, conectándolo con los artículos 14 y 24 CE.

"*La Carta Europea de las* ***Lenguas*** *Regionales o Minoritarias fue elaborada en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992 y ratificada por España mediante Instrumento de 2 de febrero de 2001. En ese instrumento de ratificación se declaraban comprendidas expresamente bajo la categoría de* ***lenguas*** *regionales o minoritarias, a los efectos de la Carta, las* ***lenguas*** *oficiales de las Comunidades Autónomas, asumiendo en su art. 9.1 -a), respecto a los procesos penales y en lo que aquí se discute, varios compromisos: asegurar que los órganos jurisdiccionales, a solicitud de una de las partes, desarrollen el procedimiento en las* ***lenguas*** *regionales o minoritarias, garantizar al acusado el derecho de expresarse en su* ***lengua*** *regional o minoritaria y asegurar que las pruebas, escritas u orales, no se consideraran desestimables por el sólo motivo de estar redactadas en una de esas* ***lenguas****. La única excepción se preveía para el supuesto de que, a criterio del juzgador, la utilización de la* ***lengua*** *cooficial de la comunidad autónoma resultare un obstáculo para la buena administración de justicia. La Carta es un tratado internacional válidamente celebrado y oficialmente publicado, por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 CE , y viene a proporcionar pautas interpretativas del régimen jurídico de la cooficialidad lingüística, en los términos del art. 10.2 de la Constitución (ver ATC, Pleno, 166/2005,de 19 abril , fj. 5*)."

g) La determinación concreta del alcance de los derechos lingüísticos en conexión con las manifestaciones concretes del derecho de autodefensa, destacando la importancia de los interrogatorios y declaraciones de los acusados:

"*El acusado es sujeto del proceso lo que significa que interviene con un estatuto propio que le confiere derechos autónomos. Una de las garantía del derecho a la defensa es la posibilidad de dirigirse al Tribunal y hacerse oír - derecho básico reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6 del Convenio Europeo -,* ***bajo la fórmula de derecho de defensa personal o autodefensa, diferenciado del derecho a la asistencia letrada o defensa técnica****, que se hace posible* ***en el interrogatorio de las partes*** *y en la última palabra.(...)*

En nuestro sistema procesal esa garantía adquiere un contenido autónomo y propio en la institución del derecho a la última palabra del art. 739 LECrim , que no es una mera formalidad ya que hace posible la audiencia personal y realiza ese derecho a ser oído antes de la sentencia (STC 181/1994, de 20 junio), de modo alternativo al que se verifica en el interrogatorio a que puede ser sometido como primer medio de prueba, siempre que consienta, y con una intensidad diferente, ya que el acusado en ese momento conoce el resultado de todos los medios de prueba producidos en el juicio, las declaraciones de otros imputados y de los testigos, las alegaciones y conclusiones de la acusación y de las defensas, inclusa la del profesional que le asiste. De esa manera puede intervenir en el juicio antes de su clausura, sin que su alegato pueda ser rebatido. Con la finalidad "de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa... Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la major calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación" (STC 13/2006 , fj 4).

En esos términos, el derecho a la autodefensa constituye una garantía adicional que ha de poderse ejercer en todo caso, configurándose como un deber legal del Tribunal ***sólo potestativa para el propio acusado.***"

h) La incidencia del régimen de oficialidad de la lengua catalana a la hora de interpretar el alcance del derecho de defensa y la obligación de interpretación *pro libertate*:

"*Al contrario, debió optimizar el derecho de autodefensa de los acusados como sujetos del proceso permitiéndoles expresarse en catalán y*

proveyéndoles de intérprete, lo que pudo hacer sin merma de la eficacia y sin provocar dilación, ya que tenía a su disposición los ***medios adecuados****. Cuando el art. 231.5 LOPJ permite, en las actuaciones orales, habilitar como intérprete a cualquier persona que conozca la* ***lengua*** *propia de un territorio del Estado, está demostrando la diferencia que existe entre las* ***lenguas*** *españolas cooficiales o minoritarias -que configuran la riqueza de nuestro patrimonio cultural-, y las extranjeras*."

A modo de conclusión sobre este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo refleja el uso de una argumentación 'formalista' y contradictoria en sus propios términos, que acaba menospreciando los intereses en juego y desconociendo el marco de interpretación conformado por los derechos lingüísticos, lo que resulta en una restricción indebida de las manifestaciones lingüísticas del derecho de autodefensa de los procesados. Esta falta de una ponderación adecuada, que elude o rebaja la significación del marco garantista que asiste a los acusados en sede penal (la justicia penal constituye un ámbito privilegiado de la garantía del derecho humano al uso de la lengua propia por el derecho internacional), sirve para poner en duda la imparcialidad y objetividad del Tribunal al abordar y decidir sobre esta cuestión.

6. CONCLUSIÓN

El artículo 3.3 de la Constitución Española prescribe que "*la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección".*

Tal como hemos desarrollado en el presente apartado, varias disposiciones estatutarias de Catalunya, integradas teóricamente en el bloque de constitucionalidad, refuerzan esta consideración en cuanto al derecho de los ciudadanos de utilizar las lenguas cooficiales como el catalán, una posición absolutamente protegida y blindada por la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias. En el presente caso, la mirada adoptada por el Tribunal Supremo en la resolución de este debate es manifiestamente vulneradora de los principios y reglas que rigen en un estado plurilingüístico que se entienda a sí mismo como tal. Primero porqué **expulsa las lenguas oficiales distintas al castellano de las instituciones centrales del Estado** y segundo porqué **resuelve los conflictos lingüísticos desde la perspectiva de los *derechos* del Tribunal y no de los derechos de los justiciables.** Esta posición merece una clara censura constitucional, sin embargo, a nuestro entender, esta infracción constitucional forma parte de la contravención del alegado derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley porqué más allá de la tutela de los derechos lingüísticos que deberían ofrecer los órganos centrales del Estado -y no ofrecen-, una buena comprensión y resolución de la cuestión competencial que hubiera situado el juicio contra el Sr.

Jordi Cuixart en tribunales radicados en Catalunya hubiera permitido eliminar este abuso en la cuestión lingüística y habría permitido un juicio en catalán. Este era el motivo por el cual formulamos la declinatoria de competencia.

7. CONCLUSIÓN SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

En las páginas precedentes hemos detallado los argumentos de esta parte sobre la cuestión relativa al juez predeterminado por la ley y su evidente vulneración en el presente caso. Hemos colocado en primer lugar la cuestión relativa a la ausencia de previsión legal del tratamiento excepcional que nos ha sido aplicado. Se ha omitido de forma flagrante la regla del juez natural del lugar donde se cometen los hechos por una doble excepcionalidad: un tribunal para aforados que juzga no aforados y un tribunal ubicado a 600 km del lugar de comisión de los hechos. Esta doble circunstancia en el caso del Sr. Cuixart, no aparece legalmente prevista y no es conforme a la jurisprudencia anteriormente dictada por los órganos judiciales superiores de la judicatura española.

Más allá de sugerirnos una evidente muestra de ausencia de imparcialidad subjetiva, que va a ser desarrollada en el motivo segundo del presente recurso de amparo, la decisión adoptada unilateralmente por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha conllevado una doble consecuencia claramente perniciosa para los derechos fundamentales, como se ha desarrollado, por afectación al derecho a la segunda instancia -que ha desaparecido en este caso- y por afectación al derecho a la utilización de una lengua oficial como es el catalán. No se trata de aspectos colaterales. No podemos obviar, en cuanto a la segunda instancia, que otros tribunales españoles han fallado en relación a estos hechos de forma diametralmente distinta al Tribunal Supremo, como en el caso de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que en la revisión de la responsabilidad policial de los hechos del 1 de octubre ha afirmado que la ciudadanía en los colegios actuó en ejercicio de derechos fundamentales. Con ello, evidenciamos que haber sido juzgado ante un tribunal o ante otro puede haber sido un elemento esencial que, en nuestro caso no es posible mostrar y argumentar ante la ausencia de una auténtica segunda instancia penal que revise a fondo los hechos probados y el derecho penal aplicado.

Por todo ello, entendemos que ha existido una alteración de la regla esencial del derecho procesal penal que es el juez ordinario y predeterminado por la Ley, con impacto en un derecho fundamental constitucional del artículo 24.2 CE, para la obtención de un resultado determinado del procedimiento, vulneración que interesamos que sea declarada y que sea corregida mediante la concesión de amparo por parte de este Tribunal y el dictado de aquellas medidas que se consideren pertinentes para el restablecimiento de este derecho fundamental.

SEGUNDO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL (24.2 CE Y 6 CEDH)

Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en esta cuestión, por ejemplo, en la Sentencia 133/2014 de 22 de julio que incluye en su redactado la doctrina que también invocamos del TEDH. Como síntesis de planteamiento y superioridad y centralidad del derecho fundamental invocado, recuerda el TC:

"*Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada sobre el derecho a la imparcialidad judicial, este Tribunal ha afirmado que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (RCL 1979, 2421) (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial*."

El TEDH y el derecho a la imparcialidad judicial. Nos recordaba la Gran Sala del TEDH en su Sentencia Micallef contra Malta de 15 de octubre del 2009, con gran síntesis, el concepto y la doble valoración subjetiva / objetiva de la imparcialidad de un tribunal (cap. 93):

"*La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad (ver, inter alia , Fey contra Austria , 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27,28 y 30, y Wettstein contra Suiza , núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII)."*

El TEDH y la imparcialidad objetiva. Este es el concepto que más nos interesa analizar de la jurisprudencia europea por su afectación al caso concreto. En ese sentido y en la misma sentencia establecía el TEDH (cap. 96-97):

"En lo que se refiere a la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. (…). Lo que es decisivo es si ese miedo puede ser sostenido para ser objetivamente justificado (ver Wettstein, citado arriba, ap.44, y Ferrantelli y Santangelo contra Italia , 7 de agosto de 1996, Informes 1996-III, ap.58). La valoración objetiva se refiere principalmente a los vínculos jerárquicos o de otro tipo entre los jueces y otros actores en los procedimientos (ver casos del tribunal militar, por ejemplo, Miller y Otros contra el Reino Unido, núms. 45825/99, 45826/99 y 45827 /99, 26 de octubre de 2004, ver también casos concernientes al doble papel de un juez, por ejemplo, Meznaric contra Croacia , núm. 71615/01, 15 de julio de 2005, ap. 36 y Wettstein , citado arriba, ap. 47, donde el abogado que representa al oponente del demandante posteriormente juzga al demandante en un conjunto de procedimientos y los procedimientos se solapan respectivamente) en los que objetivamente se justifican esas dudas como imparcialidad del tribunal, y así falla al cumplir la norma del Convenio bajo la valoración objetiva (ver Kyprianou , citado arriba, ap.121)."

El TEDH y las consecuencias. La referida sentencia, en su capítulo 98, deja claras cuáles son las consecuencias de la falta de imparcialidad objetiva aunque sea de su apariencia, que no es otra que la necesidad de retirar a aquellos jueces que pueden estar afectados por esta situación:

"La justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza" (ver De Cubber , citado arriba, ap.26). Lo que está en juego es la confianza que debe inspirar en el público un tribunal en una sociedad democrática. Así, cualquier juez sobre el que recaiga una legítima razón para temer una falta de imparcialidad debe retirarse (ver Castillo Algar contra España, 28 de octubre de 1998, Informes 1998-VIII, ap.45)."

El concepto de neutralidad. Como coralario de la concreción de este derecho fundamental nos parece de especial interés el contenido del voto particular emitido por el magistrado del Tribunal Constitucional Sr. Xiol Ríos, al que se adhirieron otros tres magistrados, a la STC 133/2014: "*La imparcialidad judicial debe identificarse, cuando se refiere al desarrollo del procedimiento, con una actitud de neutralidad del juzgador hacia las partes y con la voluntad de recibir de estas de una manera acrítica la información que se le va aportando. La actitud exigible al Juez se ha comparado por esta razón con la propia del método científico. Por tanto, en lo que aquí interesa, lo determinante para afirmar la pérdida de la imparcialidad judicial no es que existan prejuicios en el Juez, lo que en muchos casos será inevitable, sino que se susciten dudas sobre su actitud de neutralidad, esto es, su predisposición y su capacidad para prescindir de todo prejuicio o idea preconcebida al desarrollar su labor de enjuiciamiento en el caso concreto.*"

APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD EN LA PRESENTE CAUSA ESPECIAL. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 CEDH Y 47.2 CDF-UE

A nuestro entender la discusión sobre imparcialidad y neutralidad en el presente supuesto debe analizarse desde el siguiente esquema:

1. Ausencia de imparcialidad objetiva

   1.1 La relación de la Sala con el fiscal firmante de la querella
   1.2 La relación de la Sala con el Ejecutivo

2. Ausencia de imparcialidad subjetiva
   2.1 Las expresiones políticas contenidas en la sentencia
   2.2 El tratamiento procesal de la presunción de inocencia
   2.3 Las manifestaciones del tribunal sobre los abogados fuera de la sala durante la celebración del juicio
   2.4 Las manifestaciones del tribunal sobre la estrategia de la defensa en la sala durante la celebración del juicio
   2.5 Las decisiones sobre admisión y práctica de las pruebas

1.1 LA RELACIÓN DE LA SALA CON EL FISCAL DE LA QUERELLA

El caso Wettstein contra Suiza. En el caso Wettstein contra Suiza de 21 de diciembre del 2000, el TEDH consideró infringido el artículo 6.1 del CEDH en el caso de un ciudadano en el cual un abogado de la parte adversa forma Sala como juez a tiempo parcial en procedimientos concomitantes en los cuales el demandado es parte. Este antecedente nos lleva a la pregunta de si el hecho que la querella que dio origen al presente procedimiento firmada e impulsada por un fiscal que era miembro en excedencia de la Sala que ha de resolver la admisión, instrucción y enjuiciamiento de la querella es conforme a la apariencia de imparcialidad y neutralidad que exige el art. 6.1 CEDH.

El fiscal firmante fue miembro de la Sala. Dicho siempre con el máximo respeto y en exclusivos términos de defensa en el presente caso se da la circunstancia **objetiva** que el fiscal firmante de la querella que da origen al procedimiento (y que de hecho incluye una modificación de las reglas de competencia que hasta aquel entonces habían regido en supuestos similares -tal como más adelante acreditaremos-) fue durante catorce años miembro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el órgano judicial encargado de su instrucción y enjuiciamiento. Este hecho conlleva que los magistrados llamados a resolver el litigio han sido durante años compañeros de Sala con una de las partes. Así, el fiscal

general E. Sr. D. Manuel Maza fue miembro de esta Sala entre 2002 (RD 159/2002 de 1 de febrero) y 2016 (RD 545/2016 de 26 de noviembre), habiendo coincidido en la Sala con todos los magistrados que hoy la conforman. Además, esta coincidencia en el órgano de enjuiciamiento es de especial calado con los magistrados que acordaron la admisión de la querella y la determinación de la competencia mediante el auto de 31 de octubre del 2017. Así con el E. Sr. D. Manuel Marchena Gómez (9 años), E. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (14 años), E. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (14 años), E. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (12 años) y E. Sr. D. Luciano Varela Castro (9 años).

Consta que la construcción artificiosa de la competencia del Tribunal Supremo responde a una iniciativa, casi personal, del anterior y difunto FGE y del actual Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, como ya se había publicado en la prensa[23] el 15 de octubre de 2017, (documento núm 17 del escrito de defensa):

"El fiscal general del Estado está empeñado en transferir la investigación sobre Puigdemont de Cataluña a Madrid. La idea, que comparte el presidente del Tribunal Supremo y Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Lesmes, es que la querella contra Puigdemont y todos los miembros del Govern sufre retraso, un efecto del clima político y social de Cataluña.
…/…
Fuentes consultadas señalan que la mayoría de los fiscales de sala, eran doce presentes, han desaconsejado al fiscal general del Estado esta querella. Según han argumentado, el fuero opera allí donde se comete el delito y no por sus efectos. Y Puigdemont ha ordenado abrir las webs en Londres y Luxemburgo desde Cataluña."

Falta de apariencia de imparcialidad objetiva. La Ley Orgánica del Poder Judicial en el art. 219 regula las causas de abstención y/o de recusación de jueces y magistrados. Se trata de un inventario de casos que *ex lege* obligan al magistrado a abstenerse del conocimiento de una causa porqué la concurrencia del supuesto descrito le declara objetivamente en riesgo de parcialidad. Podemos entender que haber compartido Sala con una de las partes durante 9, 12 o 14 años es un supuesto equiparable a la *amistad íntima* del artículo 219.9 LOPJ porqué resulta evidente que existe una relación que, por su intensidad y calidad, crea unas circunstancias especiales que es comprensible que generen un temor objetivo a que el juzgador sea influenciado en su conducta en el procedimiento así como en su decisión, hecho que puede comprometer la neutralidad del juzgador, o al menos resulta razonable pensarlo; por ello lo recomendable era precisamente para preservar la apariencia de imparcialidad objetiva, la remisión de la causa a los juzgados naturales, ordinarios y ubicados en el lugar de comisión de los hechos, los juzgados de instrucción de Barcelona.

23 https://www.ara.cat/es/Los-fiscales-Supremo-desaconsejan-Maza_0_1888011404.html

1.2 LA RELACIÓN DE LA SALA CON EL EJECUTIVO

Las declaraciones de la vicepresidenta del Gobierno en 2018. De hecho y precisamente en relación a la presente causa especial, el Gobierno español ha hecho declaraciones contundentes atribuyendo al papel del ejecutivo el actual resultado de privación de libertad y exilio de los principales líderes independentistas. Concretamente el 16 de diciembre del 2018, la vicepresidenta del Gobierno, Dª Soraya Sáenz de Santamaría, en una rueda de prensa en Catalunya dijo "*¿Quién ha hecho que hoy por hoy ERC, Junts per Catalunya y el resto de independentistas no tengan líderes porqué están descabezados? Mariano Rajoy y el Partido Popular"*[24]. En el mismo sentido, la misma alta autoridad del Estado realizó igualmente manifestaciones en el Parlamento español absolutamente contrarias al derecho a la presunción de inocencia de los encausados, afirmando que *"están en prisión preventiva por haber cometido delitos"*[25] (documento número.19 del escrito de defensa).

El whatsapp del Sr. Cosidó. Transcendió también a escasas semanas antes del inicio del juicio oral del presente procedimiento la "justificación" dada por el portavoz del grupo parlamentario del Partido Popular acerca de la propuesta de nombramiento del Excmo. Magistrado Sr. Marchena como Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, cargo que permitiría, en palabras de dicho portavoz, controlar la Sala Segunda del Tribunal Supremo desde detrás y la Sala del 61. Esta información, que en ningún momento fue negada por ninguno de los sujetos afectados, provocó un incidente de recusación en la presente causa especial y la petición conjunta de la mayoría de las defensas de citación como testigo del Sr. Cosidó en el incidente de recusación o al juicio como testigo. La petición fue denegada tanto por la Sala del art. 61 LOPJ encargada de resolver el incidente de recusación como por la Sala Segunda en su composición para enjuiciamiento.

El presidente del Gobierno, Puigdemont y la fiscalía. Durante la pasada campaña electoral a las Cortes Generales, en el marco de un debate entre los principales candidatos en televisión, el día 5 de noviembre del 2019, el aquél entonces presidente en funciones del Gobierno español, Sr. Pedro Sánchez, se comprometió personalmente a "*traer de vuelta a España al Sr. Puigdemont".* Estaba refiriéndose a la causa judicial del presente procedimiento penal, expresando, sin rubor alguno, el máximo representante del poder ejecutivo que estaba dispuesto a incidir en la actuación del poder judicial. No solo esto, sino que, al día siguiente, en unas declaraciones en RNE y preguntado sobre cómo iba a conseguir el propósito referido expresado la noche anterior manifestó:

---

[24] http://www.elmundo.es/cataluna/2017/12/16/5a3549f922601d49358b460e.html

[25] http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=12_S000040_047_01&ag=1474 minuto 4'26'' y http://www.rtve.es/noticias/20181106/calvo-advierte-nacionalistas-convocar-referendum-como-del-1-tiene-consecuencias/1833620.shtml

"*¿De quién depende la fiscalía? La fiscalía depende del Gobierno, pues ya está"*

Esta actuación del jefe del Gobierno, aunque de un partido político distinto del anteriormente mencionado, pone en evidencia la conciencia de control de las actuaciones judiciales del presente expediente judicial por parte de los poderes políticos del Estado evidenciando la falta de independencia del Tribunal de justicia.

Es lógico que declaraciones como estas, entre muchas otras, generen perplejidad en una sociedad que ya se muestra muy crítica con el funcionamiento de la cúpula judicial y su designación (según datos de la Comisión Europea, que sitúan España en la cola de la independencia judicial solo por delante de Bulgaria, Croacia y Eslovaquia)[26]. Una percepción denunciada también en el GRECO e incluso por los propios jueces que conforman la base de la judicatura española mediante los informes de la ENCJ[27] o del Foro Judicial Independiente[28]. A nuestro entender, se trata de **tres manifestaciones del poder político relativas a la presente causa penal** que ponen en evidencia un contexto de interferencia del poder político en el poder judicial y que- ante una situación en la que NO se ha tomado medida alguna para frenar, paliar o hacer cesar estas intromisiones- son indiciarias de una falta de independencia del tribunal encargado del enjuiciamiento.

2.1 EXPRESIONES POLÍTICAS AJENAS AL DERECHO PENAL

Nos recordaba el TEDH en la STEDH Otegi Mondragón y otros contra España de 6 de noviembre del 2018, que declaró vulnerado el artículo 6 CEDH:

"Este Tribunal reitera que la imparcialidad normalmente supone la ausencia de prejuicio o predeterminación y que su existencia o inexistencia se puede analizar desde varias perspectivas. De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal, la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso".

Una vez celebrado el juicio oral y analizada la sentencia dictada en el presente procedimiento, y lo decimos siempre en exclusivos términos de defensa,

[26] http://www.elmundo.es/espana/2017/04/10/58ebd6ebca47415f488b460c.html
[27]https://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=34&Itemid=252&lang=en
[28]http://www.forojudicialindependiente.es/wp-content/uploads/2016/11/La-independencia-del-Poder-Judicial-en-Espan%CC%83a.-Queja-de-FJI-al-CCJE.pdf

debemos plantear un nuevo motivo de vulneración del derecho fundamental al juez independiente e imparcial a partir del evidente contenido ideológico de la sentencia 459/2019 que demuestra el *prejuicio* político del tribunal a la hora de dictar la resolución judicial referida, quizás implícito, quizás inadvertido por los propios componentes del Tribunal, pero que en cualquier caso resulta determinante para la adopción del fallo emitido, que se adopta por unanimidad y que por lo tanto debemos entender que afecta a todos y cada uno de los magistrados y magistrada firmantes de la sentencia.

De lo que sí se trata en el presente trámite procesal es precisamente de destacar cómo la perspectiva ideológica previa de los miembros de este Tribunal puede haber condicionado de forma incluso inconsciente la resolución del procedimiento y con ello muchas de las decisiones que han sido adoptadas a lo largo del mismo -incluso durante el juicio oral- y que han conducido al dictado de la condena de los acusados, entre ellos, de mi representado el Sr. Cuixart.

En las páginas 199 y siguientes de la sentencia recurrida bajo el epígrafe "***La inexistencia del derecho a decidir en el marco jurídico internacional, nacional y estatutario"*** se desarrollan un conjunto de consideraciones aparentemente jurídicas pero de clarísimo trasfondo político sobre el sistema democrático, sobre la subjetividad política de Catalunya y sobre la configuración plurinacional del Estado español que tienen como mínimo tres claras consecuencias a nuestro humilde entender:

- El tribunal entra a resolver sobre **<u>una cuestión que nos fue vetada</u>** a las partes durante los interrogatorios. Especialmente relevante en este sentido fue la actitud del Tribunal en cuanto a los testigos Sres. Enoch Albertí y Joan Vintró, catedráticos de derecho constitucional propuestos por esta defensa precisamente con este acometido, cuando nos fue absolutamente prohibido interrogarles sobre un debate que ahora aparece profusamente desarrollado en la sentencia en sentido radicalmente opuesto.

- El tribunal entra a resolver sobre **<u>una cuestión que no forma parte del objeto del juicio penal</u>** y que no es ni pertinente ni necesaria en un análisis sobre hechos y aplicación de la ley penal como el que corresponde a un tribunal de la jurisdicción penal. Nada tiene que ver con la incriminación de un delito contra el orden público, como aparece definida la sedición en la sentencia, en el que solamente sería necesario abordar los conceptos de *alzamiento*, *tumultuario* e *impedimento* según aparecen descritos en el art. 544 CP. El desarrollo argumentativo *contra* el derecho a la autodeterminación de Catalunya al que dedica más de 20 páginas el Tribunal Supremo en la sentencia referida es expresión de un

exceso de un tribunal que se convierte en expresión de un posicionamiento político de un tribunal de justicia.

- El tribunal entra a resolver sobre una cuestión que precisamente es el único denominador común de los doce acusados, su defensa del derecho a la autodeterminación de Cataluña, dado que lo hacen des de posiciones políticas e institucionales distintas, y que expresa que el Tribunal Supremo **opina políticamente en materia de soberanía exactamente lo contrario** que aquello defendido políticamente por los acusados.

A nuestro modo de ver la cuestión de los sujetos políticos nacionales y soberanos en el marco del Estado español admite muchas interpretaciones posibles. La sentencia contra la cual recurrimos se centra en negar soberanía más allá del pueblo español entendido como *uno* y lo hace escudándose en el proceso constituyente de 1978. Ahora bien, probablemente una de las pocas cosas consensuadas de aquél entonces fue precisamente la complejidad de esta cuestión, y por ello acabó plasmándose en una controvertida referencia al derecho de autonomía de las "nacionalidades y regiones" nada más ni nada menos que en el art. 2 CE. De hecho, la referencia a la "nacionalidad" catalana apareció en el art. 1 tanto del EAC 1979 como en el EAC 2006, en cuyos textos se hacen profusas menciones también al "pueblo catalán" y a la "identidad colectiva de Catalunya" en la configuración de unas instituciones -la Generalitat de Catalunya- que el Tribunal conoce que eran instituciones -y por lo tanto subjetividad política- preexistentes a la propia CE de 1978.

Lo que nos interesa poner de relieve en esta instancia no es tanto los argumentos jurídicos y políticos que existen para defender una visión favorable a la plurinacionalidad del Estado español incluso desde dentro del marco jurídico establecido por la Constitución de 1978 sin necesidad de reforma constitucional alguna, sino sobre todo resaltar **el punto de partida que tiene el Tribunal sobre la cuestión política que subyace en el procedimiento y cómo toma partido políticamente en el fondo.** Dice la sentencia en su página 218 "*esta Sala no está usurpando el papel que deberían haber asumido otros, ni pretende interferir en el debate político con fórmulas legalistas. La presente causa fue incoada para la investigación de hechos inicialmente subsumibles en un tipo penal e indiciariamente atribuibles a algunos de los procesados."* Y estamos de acuerdo en este principio, sin embargo, de forma inconsciente, la sentencia trasluce esa posición política sobre la cuestión de la plurinacionalidad o uninacionalidad del Estado español que a nuestro entender no debía ser necesariamente abordada para el análisis del tipo penal y que con la aproximación contenida en la sentencia recurrida se hace evidente la **ausencia de neutralidad del tribunal juzgador.**

2.2 EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (art. 24.2 CE y 6.2 CEDH) COMO EXPRESIÓN DE ESA FALTA DE IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El derecho a la presunción de inocencia está garantizado por los art. 6.2 CEDH, 24.2 CE y 14.2 del PIDCP, y desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 (FJ2º), el TC ha reconocido la presunción de inocencia del art. 24.2 CE como un derecho fundamental con sustantividad propia y con un contenido preciso, de modo que su eventual vulneración es autónoma e independiente de la posible vulneración del resto de los derechos reconocidos en el art. 24 CE.

Entre otros aspectos, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria que la jurisprudencia constitucional definió primero como *mínima,* más tarde como *suficiente* y en la actualidad como *apoyada en verdaderos medios de prueba*. En definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. En palabras de la STC 81/1998 (F. 3), «*la presunción de inocencia opera ... 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 este sentido, la valoración de la prueba es una operación necesaria para la fijación de la premisa fáctica de la sentencia penal, a través de la cual el juez o tribunal que conoce del caso se pronuncia sobre si la presunción *iuris tantum* de inocencia ha quedado desvirtuada por la actividad probatoria y por tanto se puede sancionar, o no la conducta objeto de acusación.

En todo Estado de derecho, tal actividad judicial de ponderación y de convencimiento del juez ante las pruebas se realiza bajo la aplicación del principio de "libre valoración de la prueba" y, como tal, es una potestad íntima, personal y exclusiva del órgano judicial que la ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración y sin que pueda ser sometida a control. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no es ilimitado en tanto que el reconocimiento de la presunción de inocencia como un derecho fundamental vinculante para todos los poderes públicos hace que la valoración judicial esté sometida también a la vigencia de dicho derecho fundamental.

Desde una perspectiva constitucional el derecho fundamental a la presunción de inocencia entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda Sentencia condenatoria:

"*a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal;*

b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución;

c) éstos han de ser practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles;

d) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, y

e) la Sentencia debe encontrarse debidamente motivada.

También hemos declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva." (STC 17/2002 de 28 de enero)

La Sentencia frente a la cual se formula el presente recurso de amparo **no contiene** un apartado específico destinado al abordaje de la cuestión probatoria. En efecto, la sentencia dedica un primer apartado a las alegaciones sobre vulneraciones de derechos fundamentales y, acto seguido, se adentra en el análisis de los juicios de tipicidad, autoría y penas, **sin detenerse a desarrollar el análisis probatorio que ha permitido al tribunal alcanzar las conclusiones expresadas en el relato de hechos probados.** Digamos que ciertamente sabemos lo que el tribunal entiende como probado pero no conocemos ni tenemos oportunidad de comprender -ni por lo tanto de combatir- por qué lo entiende como probado. Y esta omisión de la sentencia es indiciaria de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Sirva a modo de ejemplo de esta dificultad originada por la sentencia uno de los pocos párrafos destinados a explicitar la valoración probatoria en relación al Sr. Cuixart, obrante en los folios 386 y 387 de la sentencia:

"*Las fuentes probatorias que han permitido proclamar como probado lo que aconteció el día 20 de septiembre ante la Vicepresidencia del Govern y el protagonismo del acusado Sr. Cuixart son comunes a las que ya hemos analizado al describir la autoría de otros coacusados. La declaración de los atentes de la policía estatal y autonómica que estuvieron allí, el testimonio de los ciudadanos y responsables políticos que fueron llamados como testigos por la acusación y defensa y,* ***sobre todo, la declaración del propio Sr. Cuixart****, permiten dibujar un escenario fiel a lo verdaderamente acontecido. Los videos exhibidos en el plenario - incluido el grabado por la cámara de seguridad que se hallaba en el interior del edificio que era objeto de registro- y la lectura de algunos de los mensajes enviados por redes sociales, refuerzan nuestras inferencias."*

Sin embargo, el relato de hechos probados que pretende sustentar la condena del Sr. Cuixart a nueve años de prisión contiene expresiones como:

"*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*** *(…)"* p. 45

"*Durante los* ***disturbios*** [sic] *(…) impuso condiciones para el efectivo desarrollo de su función, negando a los agentes de la Guardia Civil que pudieran introducir los detenidos en el edificio (…)"* p. 46

"*Hechos similares* ***orientados a impedir*** *el funcionamiento normal de la Administración de Justicia tuvieron lugar con ocasión de otros registros y detenciones acordadas por el Juzgado de Instrucción núm. 13 citado."* p. 47

Estos hechos no pueden inferirse para nada ni de la declaración del Sr. Cuixart ni tampoco de los vídeos y grabaciones que obran en autos dado que lo que se deriva de los mismos es precisamente una absoluta normalidad en la práctica judicial -que nunca se pretendió alterar- que no se puede confundir con el silencio ciudadano en la práctica judicial. Hubo manifestaciones, movilizaciones y llamamientos a participar en las mismas, que es lo que explícitamente se reconoce por parte del Sr. Cuixart. Sin embargo, como decimos, la sentencia recurrida va mucho más allá de lo expresamente relatado por los acusados, los testigos de la defensa y los soportes documentales y sin embargo no explica en ningún momento cuál es la fuente de prueba ni tampoco como se valora la misma cuando entra en franca contradicción con las pruebas articuladas des de la defensa. Aquí es donde reside la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Esta omisión en la argumentación de la sentencia puede entenderse como un elemento de *prejuicio* tal como apuntábamos más arriba o incluso como una vulneración del deber de motivación de las resoluciones judiciales contenido en el art. 24.1 CE y en el 6.1 CEDH, aunque ambos preceptos no lo mencionen explícitamente. La motivación tiende a erradicar de las resoluciones de las que forma parte la arbitrariedad, las contradicciones internas y los errores de lógica de forma tal que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. Al mismo tiempo cumple la función de permitir un control de la actividad de los órganos jurisdiccionales, tanto social, por parte de los ciudadanos y a través de la publicidad, como jurisdiccional, por los tribunales superiores vía recurso. El TEDH ha establecido reiteradamente que uno de los principios indisolublemente unidos a una correcta administración de justicia es el de motivación *de manière suffisante / adequately* de los motivos en que se fundan las resoluciones judiciales.

Y todo ello en un contexto en el que se hacen gravísimas afirmaciones de claro trasfondo político en relación a mi representado, el Sr. Cuixart, en el que se afirma en la sentencia que participó en conductas de **aniquilación del pacto constitucional.** Fijémonos en la página 242:

*"Pero el ámbito legítimo de protesta y de lucha por las propias ideas políticas y sociales quedó desbordado cuando los Sres. Sánchez y **Cuixart** lideraron el impedimento material de ejecución de decisiones judiciales, cuando abanderaron la derogación de facto –impuesta- de los principios constitucionales, en un determinado territorio y en unas determinadas fechas. Y ese desbordamiento les convierte directamente en **responsables** de las consecuencias penales que el ordenamiento jurídico asocia a **esas conductas de aniquilación del pacto constitucional**."*

Sin necesidad de entrar a discutir todos los pronunciamientos fácticos de esta extensa sentencia y únicamente desde la perspectiva de la condena del Sr. Cuixart y de los hechos que, se dice, sustentan la misma desde la perspectiva que justo acabamos de describir, podemos agrupar la discusión en sede de presunción de inocencia en cuatro hechos:

a) La participación en la convocatoria del 20-S ante la Vicepresidencia del Govern y el desarrollo de la diligencia judicial.
b) Las otras convocatorias de esa fecha y el desarrollo de las diligencias judiciales en otros puntos de la geografía.
c) Las llamadas a la participación el 1-O y la necesidad de utilización de la fuerza por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
d) La finalidad de las movilizaciones era demostrar que los Jueces en Catalunya habían perdido su capacidad jurisdiccional.

a) LA PARTICIPACIÓN EN LA CONVOCATORIA DEL 20-S ANTE LA VICEPRESIDENCIA DEL GOVERN Y EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA JUDICIAL

Si acudimos al capítulo relativo al Sr. Jordi Cuixart en la sentencia recurrida y concretamente al apartado sobre su papel el día 20-S, dos párrafos en la página 387 de la sentencia, advertiremos que su contribución a los hechos se limitó a convocar a los ciudadanos a manifestarse ante la Vicepresidencia a raíz de los registros judiciales acordados por parte del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona con cuatro consideraciones a destacar por la sentencia recurrida: 1) divulgaban el lugar del registro, 2) emplazaban la ciudanía a defender las instituciones, 3) exigían la puesta en libertad de los detenidos y 4) pedían a los catalanes que se movilizaran.

No podemos estar más de acuerdo en la síntesis fáctica que realiza el tribunal en la sentencia recurrida, sin embargo, estos hechos nada tienen que ver, o deberían tener que ver, con las conductas criminales que se pretenden declarar probadas y concretamente en relación al impedimento de la actuación de la comisión judicial. La comisión judicial estaba dentro del edificio cuando empezaron las movilizaciones y la comisión judicial, una vez finalizado el registro, abandonó el edificio con las debidas cautelas en materia de seguridad, llevando consigo todos aquellos hallazgos y pruebas que la comisión judicial entendió pertinentes. Curiosamente, la sentencia de instancia no entra a valorar en ningún momento **ni los horarios de la comisión judicial ni el contenido** concreto que aparece en los extensos documentos videográficos aportados. Porque la sentencia ni tan siquiera concreta en qué momento pudo quedar paralizada la diligencia judicial -que no quedó en ningún momento interrumpida- ni tampoco en qué momento finalizó la misma y por lo tanto cuanto tiempo real tardó la comitiva judicial a abandonar el edificio de la Vicepresidencia de la Generalitat de Catalunya.

La sentencia dice, aunque en el apartado dedicado a la responsabilidad del Sr. Sánchez, que "*no se pudieron realizar los registros en la forma en que se había dispuesto y que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal"* (p. 374), pero **no concreta qué parte o aspecto de la diligencia no pudo realizarse** ya no por la actuación de los acusados sino por la mera existencia de la movilización. De la prueba se deduce que la diligencia empezó y se desarrolló sin ningún problema derivado de la presencia de los manifestantes -que permanecieron ajenos en todo momento a la práctica de la diligencia judicial- y cuando fue el momento de acceder al despacho del Sr. Josep M. Jové, este renunció a estar presente en la misma, según consta, y la diligencia se cumplimentó sin problema alguno.

Se dice que "*la movilización… impidió que pudiera ser atendida la orden judicial con plena normalidad"* en el relato de hechos probados (p. 44). Ahora bien, y más allá que se hace difícil imaginar la *normalidad* cuando el registro se practica en la Vicepresidencia del Gobierno catalán en relación a la investigación de un referéndum, desde lo excepcional que suponía este tipo de intervención, la misma se desarrolló en su integridad. Si *normalidad* se refiere a la cumplimentación judicial en el marco de una protesta multitudinaria, esta se materializó con normalidad y la sentencia no llega a concretar en qué momento, lugar y forma ello no fue así. Si *normalidad* se refiere a un escenario sin protesta, sin movilización ciudadana multitudinaria masiva, entonces se construye una normalidad de espaldas al concepto de estado democrático de derecho, porqué la *normalidad* debe poder incluir fenómenos masivos de protesta como el del 20-S.

b) LAS OTRAS CONVOCATORIAS DE ESA FECHA Y EL DESARROLLO DE LAS DILIGENCIAS JUDICIALES EN OTROS PUNTOS DE LA GEOGRAFÍA

En el relato de hechos probados (p. 46 y siguientes) se relatan "*hechos similares orientados a impedir el funcionamiento normal de la administración de justicia"* que tuvieron lugar "*con ocasión de otros registros y detenciones acordadas por el Juzgado de Instrucción núm. 13 citado".* La sentencia recurrida no explica en ningún momento por qué entiende que estas reuniones pacíficas de ciudadanos eran tendentes a impedir el funcionamiento normal de la administración de justicia en lugar de entender que se trataba de actos de protesta en relación al funcionamiento de la administración de justicia. De hecho, en el propio hecho probado sobre la entrada y registro del domicilio del Sr. Josep M. Jové se dice que la diligencia se demoró "*15 minutos"* un período absolutamente inocuo desde una perspectiva de relevancia penal de la conducta.

Pero es que la sentencia concreta únicamente tres hechos más frente a los que hay que decir que en ningún momento se interrumpió diligencia alguna y que únicamente: 1) el registro del Departamento de Exteriores, que se materializó sin ningún problema, hubo zarandeo y golpes en el coche del detenido, 2) que en Bigues i Riells hubo la actitud hostil de un grupo de 200/ 250 personas, que **no se corresponde con las grabaciones aportadas en las que aparecen 20 o 25 personas sentadas en el suelo** y 3) "*se produjeron incidentes en registros realizados en la localidad de Berga".* Ahora bien

- El Juzgado de instrucción núm. 13 de Barcelona no acordó diligencia alguna en la localidad de Berga, ni una sola.
- No se produjeron incidentes en los registros porqué simplemente no hubo ni registros judiciales ni incidentes.

Este hecho, efectivamente, constaba en el escrito de acusación de la fiscalía, desconocemos como la Sala alcanza esta conclusión sin documento alguno al respecto y sin testigo alguno que acudiera al plenario a manifestar sobre esta cuestión. Esta situación, que se declare probado *en exceso*, a partir del relato contenido en el escrito del Ministerio Fiscal puede constituir, como mínimo, una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y al mismo tiempo y desde la perspectiva de la defensa del Sr. Cuixart, la absoluta perplejidad de la interpretación que se hace de unos hechos que aparecen en todo momento **sobredimensionados (**si no, inventados, como en caso de Berga) **y atribuidos en una suerte de autoría mediata** a mi representado sin justificación ni prueba alguna que permita razonarlo dado que, sobre estos hechos ni tan siquiera aparece un *tuit* de mi representado al respecto, cosa que tampoco le haría responsable, pero que parece que es la hipótesis contenida en relación a otros hechos que sí se predican como probados.

c) LAS LLAMADAS A LA PARTICIPACIÓN EL 1-O Y LA NECESIDAD DE UTILIZACIÓN DE LA FUERZA POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La sentencia declara probado en la página 54 sobre los hechos del 1-O y en relación a la tan criticada internacionalmente actuación de la Guardia Civil y la Policía Nacional que acabó con casi mil heridos entre la ciudadanía:

-"*los agentes de Policía Nacional y Guardia Civil* ***se vieron obligados*** *al uso de la fuerza legalmente prevista."*

- *"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 forzados a declinar el propósito inicial."*

Esta consideración fáctica es contradictoria. No tiene explicación ni argumentación alguna declarar que la intervención policial fue necesaria en un primer momento y devino desproporcionada unas horas después cuando no se consigna al mismo tiempo como probado un relato fáctico que permita comprender esta conclusión evolutiva en cuanto a la necesidad, ponderación y proporcionalidad en la actuación de las FCSE. Ahora bien, la resolución de esta cuestión es relevante para la defensa porqué somos criminalizados por las llamadas a la participación en los colegios electorales el 1-O y la imputación del conjunto fáctico acaecido en esa fecha. Por lo tanto, conocer en qué términos se produce la *reacción* de la ciudadanía es un elemento imprescindible para las defensas, y para valorar la reacción hay que analizar previamente la actuación de las FCSE y su adecuación a la legalidad y a la normopraxis policial.

En derecho no es lo mismo reaccionar frente a una actuación desproporcionada que frente a una actuación proporcionada por parte de los agentes de autoridad. Dejar esta cuestión en el aire, como hace la sentencia recurrida a pesar de todos los pronunciamientos internacionales en materia de derechos humanos documentados, genera una cierta inquietud jurídica pero, sobre todo, congela la estrategia de defensa y nos impide desplegarla en toda su amplitud porqué desconocemos exactamente frente a qué debate jurídico estamos trabajando. Y nuevamente, ello conlleva dificultades insalvables en términos de presunción de inocencia.

Cuando se dice en la sentencia (p. 166) que no se han valorado las declaraciones de los testigos presentes en los centros de votación del 1 de octubre, y todo ello incluso aceptando que funcionarios públicos han faltado a la verdad ("*la versión de los agentes quedó luego en entredicho al observar el contenido de los*

videos") **y no se concreta qué grabaciones se han visionado y valorado** se hace muy difícil entender como el Tribunal llega a concluir lo que sucedió en los colegios electorales el 1 de octubre. Unos hechos que además se analizan de una forma un tanto genérica e imprecisa, agrupando conductas que en términos penales tienen contornos y consecuencias muy distintas.

Y es que cuando se analizan los centros de votación se dice "*a varios de estos acudieron agentes", "en diversos lugares de la geografía catalana se produjeron enfrentamientos", "en algunos casos", "en la mayoría de los casos, ante la oposición decidida", "ante la actitud tácticamente predispuesta de quienes se apostaron a las entradas de los centros", "derivó en lesiones que, en numerosos casos, exigieron asistencia facultativa", "los comportamientos del día 1 de octubre implicaron el uso de la fuerza suficiente para neutralizar a los agentes de policía" o "en todos los centros de votación se repitió la negativa verbalizada*".

Teniendo en cuenta que se tiene constancia que en parte de los centros se pudo ejecutar la actuación policial sin excesivos problemas, sería deseable en una sentencia condenatoria concretar en qué centros no fue así y en qué medida no lo fue. No disponemos, sin embargo, de esta descripción. Por lo tanto, si no se atiende a la testifical de ciudadanos ni de agentes, tampoco se concretan los vídeos y centros en los que existió el *alzamiento tumultuario* se presenta una solución un tanto arbitraria en cuanto al relato de hechos que sustenta la condena por sedición.

No podemos olvidar que la propia sentencia reconoce que la condena del Sr. Cuixart se centra en la actitud de "*apoyo, estímulo y aliento*" a las personas que se encontraron en los centros de votación el día 1 de octubre de 2017. Sin embargo, no es posible valorar y subsumir la conducta penal cuando **no sabemos con detalle**

- qué es lo que sucedió en los centros de votación el 1 de octubre
- en qué proporción se reacciona de una forma u otra
-qué incidencia tuvo la actitud del cuerpo policial en la reacción ciudadana

La sentencia recurrida no entiende necesario entrar en este grado de concreción pero con ello se produce una grave indefensión porqué desconocemos, al fin y al cabo, el proceso que ha llevado al Tribunal a los hechos probados que condenan al Sr. Cuixart Navarro.

d) LA FINALIDAD DE LAS MOVILIZACIONES ERA DEMOSTRAR QUE LOS JUECES EN CATALUNYA HABÍAN PERDIDO SU CAPACIDAD JURISDICCIONAL

Este es el último de los hechos probados (p. 60) y aparece en la tercera línea de justificación de la imposición de penas (p. 481) además de planear de una forma u otra durante el conjunto de la sentencia impugnada. Se trata de una idea que poco

tiene que ver con lo sucedido, tanto en la realidad física como en la realidad procesal expuesta durante el juicio oral, dado que la actuación de mi representado en los hechos objeto de enjuiciamiento estuvo exclusivamente vinculada, ni más ni menos, que a la protesta relativa a la realización del referéndum de autodeterminación y por lo tanto a la crítica y a la protesta en cuanto a la actuación de dos órganos judiciales muy concretos en relación a dos procedimientos muy concretos (el Juzgado de Instrucción 13, el día 20 de setiembre, y el TSJ de Catalunya, el día 1 de octubre). La desobediencia civil alegada no se ha predicado ni argumentado, tal como parece deformar la sentencia recurrida, en cuanto a todas las resoluciones judiciales, ni en cuanto a todas las leyes, a modo de absoluta anarquía normativa, sino como proceso consciente y reflexivo que se ciñe de forma selectiva y concreta en relación a preceptos y órdenes que se producen en el marco de conflictos colectivos en los que participan masivamente miles de ciudadanos. La sentencia confunde sobremanera la desobediencia civil con la objeción de consciencia y con el derecho a la protesta para construir una caricatura que elimina de un plumazo el valor y la subjetividad que la sociedad civil tiene en las sociedades democráticas avanzadas.

Es evidente que el Sr. Cuixart nada hizo ni propuso en cuanto a la institucionalidad judicial en conjunto, en relación a la actuación de los miles de juzgados y tribunales radicados en Catalunya, los cuales, por cierto, continuaron actuando en todos y cada uno de los partidos judiciales catalanes durante los años y meses analizados en la sentencia, condenando, absolviendo, desahuciando, indemnizando, readmitiendo trabajadores… en definitiva desarrollando su función jurisdiccional con total normalidad.

Decir que la conducta del Sr. Cuixart, como "*aniquilación del pacto constitucional",* pretendía "*dejar sin efecto la jurisdicción de jueces y tribunales en Catalunya"* por citar dos de las frases más duras de la sentencia, es un ejercicio de creatividad judicial que no dispone de base fáctica alguna y que responde a una *deducción* del Tribunal ausente de fundamento. Colocarse como objetivo de la actuación de los acusados desde una posición de *autoreferencia* por parte de una de las máxima autoridades judiciales del Estado, este Tribunal Supremo, distorsiona y desenfoca la realidad del otoño catalán de 2017 porqué pierde de vista que el debate impulsado por la sociedad civil buscaba en todo momento algo muy deseado para aquellos que administran justicia, que es precisamente que el derecho se adapte al contexto y a la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado.

Sin embargo, en lugar de escuchar y atender el discurso de alto contenido jurídico desde la protección y el avance de los derechos humanos realizado por el Sr. Cuixart la sentencia desplaza la cuestión hacia la atención y respeto a las decisiones de la administración de justicia, construyendo un dilema insalvable entre ambos conceptos que contamina totalmente la forma en la que se resuelve, también, la cuestión central de la inocencia en el procedimiento penal.

3.5 LAS MANIFESTACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS ABOGADOS FUERA DE LA SALA DURANTE LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO

La celebración del juicio oral del que la sentencia recurrida trae causa estuvo repleta de importantes tensiones entre los abogados de la defensa y el presidente del Tribunal en cuanto al desarrollo de las sesiones de práctica de la prueba. Forma parte de nuestro sistema procesal penal que a lo largo de las sesiones en las que se va practicando la fase probatoria el presidente del tribunal vaya adoptando las decisiones correspondientes sobre la pertinencia o impertinencia de las preguntas propuestas por las partes a testigos y peritos. En sede de vulneración del derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial lo que resulta relevante es valorar si en la adopción de dichas decisiones se ha producido algún hecho que de forma objetiva pueda traslucir un *prejuicio* o previa toma de posición del tribunal en cuanto al fondo del asunto durante el desarrollo de las sesiones del juicio.

Esto es exactamente lo que sucedió de forma expresa al finalizar la sesión matinal del 14 de mayo del 2019. Y es que una vez finalizada la sesion de mañana se filtraron unas **opiniones del tribunal en cuanto a la estrategia de esta defensa.** Aportamos para su constancia copia de las informaciones aparecidas el mismo día 14 de mayo en la agencia de noticias Europapress (doc. 4), La Vanguardia (doc. 5), El Pais (doc. 6) y Elconfidencial (doc. 7) en las que se expresa "*el profundo malestar de los siete magistrados"*. No se trata de una elucubración de los medios de comunicación o de otras fórmulas habituales de especulación periodística. En este caso, la información fue facilitada directamente en el chat de whatsapp de periodistas que cubren habitualmente las noticias vinculadas al Tribunal Supremo por parte de un responsable del gabinete de prensa adscrito a dicho tribunal. Demuestra esta excepcional circunstancia que todos los medios de comunicación publicaron simultáneamente dicha información y que no fue desmentida en ningún momento por otras fuentes oficiales.

Le está vedado al Tribunal durante la celebración del juicio y como mínimo hasta el dictado de la sentencia la expresión de juicio de valor alguno sobre la materia que es objeto de su análisis jurisdiccional porqué, entre otras razones, puede conllevar un compromiso en su apariencia de imparcialidad. Esta apariencia de imparcialidad desaparece completamente cuando el Tribunal realiza juicios de valor durante la celebración del juicio y además **estas valoraciones son en relación a la estrategia procesal desplegada por una de las defensas.** Así fue unánimemente percibido por el colectivo de abogados en un comunicado histórico absolutamente excepcional en el que el conjunto de la abogacía catalana -que incluye a miles de profesionales- representado por el Consejo de la Abogacía Catalana que agrupa los 14 colegios de abogados con sede en Catalunya respondió directamente a las

críticas en el mismo día amparando la actuación profesional de los letrados afectados (documento núm. 7 bis del presente escrito).

En este punto deberá recordarse el contenido de las SSTEDH Buscemi contra Italia de 16 de septiembre de 1999, Lavents contra Letonia de 28 de noviembre de 2002 y Olujic contra Croacia de 5 de febrero del 2009 en relación a declaraciones de miembros del tribunal criticando la defensa y su impacto en el respeto del derecho fundamental al proceso debido del art. 6.1 CEDH. En el caso Buscemi el TEDH decía:

"***67.*** *El Tribunal señala ante todo que se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial.*

68. *El Tribunal considera, al igual que la Comisión, que el hecho de que el Presidente del Tribunal haya empleado públicamente expresiones a través de las cuales enjuiciaba desfavorable al demandante antes de presidir el órgano judicial que debía juzgar el asunto, no parece compatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, establecidas en el artículo 6.1 del Convenio."*

En el caso Lavents contra Letonia el TEDH establecía que:

"*Concretamente, el hecho, para el presidente o el miembro de un tribunal llamado a resolver un asunto, de emplear públicamente expresiones que hacen suponer una apreciación negativa de la causa de una de las partes, es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, consagradas en el artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (ver Buscemi contra Italia [TEDH 1999, 35] , núm. 29569/1995, ap. 67-68, TEDH 1999-VI).*

119. En el presente caso, el Tribunal constata que, en las declaraciones publicadas los días 4 y 5 de noviembre de 1999 en «Lauku avize» y «Respublika» (apartado 30 supra), la señora Steinerte criticó la actitud de la defensa ante el tribunal. (…) En opinión del Tribunal, tales declaraciones no constituyen una mera «apreciación negativa de la causa» del demandante, sino una verdadera toma de postura sobre el resultado del caso, con clara preferencia por una constatación de culpabilidad del acusado. El Tribunal considera que más allá de los motivos que incitaron a la señora Steinerte a expresarse así, sus declaraciones no pueden en ningún caso ser consideradas compatibles con las exigencias del artículo 6.1 del Convenio."

Y en la STEDH del caso Olujic contra Croacia concluía que:

"65. *El Tribunal considera que el hecho de que el Presidente del Consejo Nacional Judicial utilizara públicamente expresiones que implicaban que se había formado ya una opinión desfavorable sobre el asunto del demandante antes de que el asunto hubiera sido finalmente resuelto y criticara las declaraciones de la defensa parece claramente incompatible con su posterior participación en la reanudación del procedimiento después de que el Tribunal Constitucional hubiera anulado la decisión inicial del NJC. Las declaraciones hechas por el Presidente del NJC fueron tales que justificaban objetivamente el temor del demandante sobre su imparcialidad.*"

Y este mismo Tribunal Constitucional ha entrado a valorar esta cuestión asumiendo la doctrina jurisprudencial de Estrasburgo por ejemplo en la resolución de la recusación del presidente de este mismo Tribunal por unas declaraciones en medios de comunicación. En aquel caso entendió que el tiempo transcurrido entre las declaraciones y el momento en el que había que resolver sobre la cuestión, así como el hecho que en el momento de hacer las declaraciones no era todavía magistrado del Tribunal impedía entender vulnerado el derecho a un tribunal imparcial. Este auto del Pleno núm. 224/2002 de 20 de noviembre enumeraba estos criterios del siguiente modo:

"*Para que ello ocurra, esto es, para que la manifestación pública de tales opiniones pueda revelar la existencia de un interés directo o indirecto en el proceso, habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes, y que éstas permitan constatar objetivamente dicha manifestación como una toma de partido sobre el fondo del concreto proceso en el que la recusación se plantea. Sin ánimo de exhaustividad en su enumeración, resultarán relevantes, entre otras posibles circunstancias, si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado de este Tribunal o antes de haberse adquirido la misma, una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos anteriores al mismo, el medio en que se vierta la manifestación, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso, así como la amplitud, «el tenor, la contundencia y radicalidad de aquélla» (STC 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162]*"

En el presente caso los magistrados que realizan la comunicación a prensa son magistrados en activo, expresan su opinión en tanto que magistrados y miembros que componen la Sala del Tribunal Supremo encargada del enjuiciamiento, una vez el procedimiento ya está iniciado, de forma simultánea a su celebración y con un contenido contundente e inequívoco. Atendiendo a los pronunciamientos expuestos no nos cabe duda alguna que las manifestaciones del Tribunal sobre la estrategia de defensa desplegada por la representación del Sr. Cuixart suponen una toma de posición del tribunal antes de la finalización del procedimiento que pone en evidente compromiso la apariencia de imparcialidad del Tribunal Supremo en la resolución del presente procedimiento.

3.6 LAS MANIFESTACIONES SOBRE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA EN LA SALA DURANTE EL JUICIO

Existen dos hechos más referidos a las expresiones del Tribunal sobre la estrategia de esta defensa que demuestran la existencia de una opinión previa del Tribunal en los términos proscritos por la jurisprudencia del TEDH ya transcrita anteriormente y que cuestionan de raíz la imparcialidad del Tribunal encargado del juicio. La primera de ellas sucedió en la sesión del día 6 de mayo del 2019 durante el interrogatorio del testigo Sr. Javier Pacheco, secretario general de CCOO en Catalunya, propuesto precisamente por la defensa del Sr. Cuixart. El presidente del Tribunal cortó en tres ocasiones el interrogatorio que realizaba la letrada Sra. Marina Roig y declaró impertinentes tres preguntas. Cuando la letrada preguntó por el apoyo de CCOO al manifiesto del Pacto Nacional pel Referéndum -que era un documento referido en el escrito de acusación y que había sido uno de los ejes de interrogatorio por parte de las acusaciones a otros testigos- el presidente del Tribunal cortó la cuestión y pidió a la letrada Sra. Roig que formulara preguntas acerca del "*tratamiento jurídico de los hechos".*

"*¿Usted cree que tiene trascendencia en el tratamiento jurídico de los hechos el papel relevante que haya tenido Comisiones Obreras en el tratamiento de estos hechos, en lo que es la movilización? No tiene ninguna trascendencia. No tiene ninguna trascendencia.* ***Yerra usted en la estrategia defensiva****. No tiene ninguna trascendencia y expreso el criterio unánime del Tribunal."*

A pesar de que a nuestro representado, el Sr. Cuixart, se le juzgaba -y finalmente es objeto de condena- por ser el presidente de la entidad Òmnium Cultural y por lo tanto por la promoción y participación en varias movilizaciones, en algunas de las cuales también había formado parte Comisiones Obreras (como el 20 de septiembre), el Tribunal no permitió desplegar en ningún momento la estrategia de defensa relativa a la contextualización de los hechos objeto de acusación para cuya comprensión era imprescindible poder explicar los actos desarrollados por otras entidades políticas, sindicales y culturales durante las fechas objeto de juicio. En este punto el Tribunal enjuiciador tenía una opinión previa sobre los hechos, resulta evidente, y no permitía que los interrogatorios **de las defensas** en la fase de práctica de la prueba testifical de las **defensas** pudiera desplegarse la estrategia defensiva, hecho que demostraba una decisión previa adoptada por el Tribunal sobre el fondo del asunto, si no, no llega a entenderse como se denegó el interrogatorio de testigos admitidos sobre hechos que estaban contenidos en los escritos de acusación y sobre los cuales las acusaciones habían interrogado extensamente durante la fase de prueba propuesta por las acusaciones.

El caso del interrogatorio de otro de los testigos de la defensa del Sr. Cuixart, la Sra. Marina Garcés, profesora universitaria de filosofía, el día 14 de mayo del 2019, al que la sentencia dedica varios párrafos (p. 177-179) probablemente porque el Tribunal sentenciador es consciente de la situación contraria a derecho que provocó en esa sesión, se convierte en otro de los momentos de reprobación pública a esta defensa y uno de los ejemplos mejor documentados de la falta de imparcialidad del Tribunal desde la perspectiva del *prejuicio sobre el fondo*. La última de las preguntas realizadas por la defensa, en esa sesión, era relativa al mensaje y al contenido de la rueda de prensa en la que había participado la Sra. Garcés realizada por parte de la entidad En Peu de Pau, una entidad que aparecía en los atestados de la Guardia Civil y en los escritos de calificación de las partes acusadoras y defensoras. La pregunta fue denegada por parte del presidente del Tribunal, y ante la protesta del letrado de la defensa del Sr. Cuixart, al decidir desistir de la posibilidad de seguir interrogando la testigo, el presidente pronunció las palabras ***"correcto, mucho mejor"*** que podrían expresar esta predisposición denunciada del Tribunal en cuanto al desarrollo de la prueba por parte de las defensas.

3.7 **LAS DECISIONES SOBRE ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS**

La forma en la que el Tribunal abordó los interrogatorios de testigos realizados por las defensas, especialmente cuando se trataba de testigos, es indicadora de esta ausencia de imparcialidad. Aunque la sentencia pretenda resolver de un plumazo esta materia concluyendo que todos ellos estaban demasiado implicados, lo que resulta evidente es que el Tribunal no dispensó el mismo trato a testigos de la acusación y testigos de la defensa.

Esta **predisposición negativa** a la práctica de las testificales de la defensa puede objetivarse especialmente en el tratamiento que dio el Tribunal a la Sra. Garcés en cuanto a las notas que llevaba y que la sentencia recurrida, sin comprobación alguna, y por lo tanto desde el **prejuicio absoluto**, da por hecho que responden a "*un guión predefinido, escrito de antemano"* (p.178) o "*un guión en el que se transcribe hasta el tiempo que hacía que 'no se tomaba un café' con el Sr. Cuixart, su estado febril o grado de alucinación que le produjo la prohibición jurisdiccional del referéndum de 1 de octubre"*, presuponiendo, por lo tanto, que los letrados de la defensa preparaban las respuestas de los testigos y que la Sra. Garcés llevaba las respuestas apuntadas en un papel, siendo ambos elementos meras conjeturas, basadas en prejuicios y que repercuten negativamente y directamente en la valoración que el Tribunal hace de la prueba y de su resultado.

No obstante, en nuestro caso, esta predisposición negativa expresiva de una toma de posición previa por parte del Tribunal en cuanto al fondo del asunto se había

materializado de forma evidente en el Auto de admisión de pruebas dictado por el Tribunal en fecha 1 de febrero del 2019, tal como denunciamos también en la fase de cuestiones previas en el primer día del juicio, el día 11 de febrero, en nuestro turno de intervención alegando vulneración del derecho fundamental de prueba por las denegaciones contenidas en dicho auto. El auto de 1 de febrero nos denegó a esta parte la práctica de **veinte** testificales. No entendimos ni entendemos justificado el criterio utilizado por el tribunal en un juicio en el que la fiscalía había pedido centenares de testigos, todos ellos tenían relación con hechos contenidos en el escrito de acusación o en los documentos aportados en nuestro escrito de defensa, tratándose todos ellos de aspectos de especial sensibilidad.

Sin embargo, fueron las denegaciones de pruebas periciales las que nos colocaron en una especial situación de indefensión, que ahora advertimos como indicio de falta de imparcialidad. Por ejemplo, la pericial de Sres. Hugh Orde y Duncan Mc Causland de análisis de los hechos del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 atribuidos al Sr. Jordi Cuixart desde la perspectiva policial y de orden público, así como del carácter violento o pacífico de las concentraciones multitudinarias producidas tales días –cuya convocatoria se atribuía al Sr. Jordi Cuixart- desde la misma perspectiva era una auténtica contraprueba de respuesta a las pruebas que, en términos muy parecidos, habían sido propuestas por las acusaciones.

En nuestro escrito de defensa se formulaba del siguiente modo:

"IV).- MAS PERICIAL SEGUNDA *de Don Hugh Orde, con más de 38 años de experiencia policial, prestó servicios en la Policía Metropolitana de Londres y en el Servicio de Policía de Irlanda del Norte antes de ser nombrado Presidente de la Asociación de Oficiales de Policía del Reino Unido, donde fue responsable de la coordinación de la vigilancia policial en todo el país y Don Duncan McCausland, con más de 30 años de experiencia policial, miembro vitalicio de la Asociación de Jefes de Policía del Reino Unido y del Police Executive Research Form, con amplios conocimientos en la formulación de políticas, la gestión del cambio y el orden público, autor de informes sobre dilemas estratégicos en el Reino Unido y responsable de algunos de los eventos policiales de orden público más difíciles de la historia del norte de Irlanda, quienes deberán ser citados a Juicio Oral -a través de esta representación procesal- para que se afirmen y ratifiquen en el informe pericial que se acompaña como documento número 170 sobre el análisis de los hechos acaecidos el 20 de septiembre y el 1 de octubre de 2017 desde la perspectiva de la calificación de la actuación de Jordi Cuixart, de los manifestantes y de la ciudadanía en términos de orden público y criterios policiales, informe que se propone además como contraprueba de respuesta a los informes policiales propuestos como prueba por el Ministerio Fiscal. El informe pericial se aporta en idioma inglés y se aporta la traducción jurada del resumen ejecutivo para la*

comprensión de su contenido a efectos de valoración de la prueba. En la fecha en la que se redacta el presente escrito se está llevando a cabo la traducción jurada del resto del extenso documento (que no ha dado tiempo a acabar), traducción jurada que será aportada con antelación al inicio de la fecha de Juicio Oral para el correspondiente traslado a las partes. Para la ratificación de dicho informe pericial en el acto de Juicio Oral será necesario intérprete de lengua inglesa."

Esta prueba de la defensa fue denegada. Sin embargo, el Tribunal admitió como prueba testifical de las acusaciones el testimonio de un agente del CNP que había emitido un informe sobre el análisis de los videos del 1 de octubre de 2017 (pag. 5 del Auto) y que vendría a exponer en juicio su valoración sobre el visionado de tales videos, siendo estos los mismos videos que habían sido analizados por los expertos propuestos por esta parte en la prueba pericial denegada. Se permitía así a las acusaciones practicar prueba de cargo sobre unos videos aportados como prueba por la acusación denegándose esa misma prueba de descargo (si bien en formato de prueba pericial) propuesta por esta defensa. Se admitía como prueba de las acusaciones la testifical de agentes de la Guardia Civil que habían emitido diversos atestados en los que tales agentes analizaban los tweets emitidos por mi representado el Sr. Jordi Cuixart, denegándose que esta parte pudiera aportar prueba de descargo sobre esos mismos tweets a través de un informe emitido también por miembros de un cuerpo policial.

Esta circunstancia fue recogida precisamente en el informe definitivo que la misión International Trial Watch formada por 29 entidades dedicadas a la defensa de los derechos humanos (y que aportamos como documento núm. 8) realizó sobre este procedimiento:

"*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."*

CONCLUSIÓN

En este apartado hemos desarrollado un conjunto de circunstancias fácticas que, desde la perspectiva objetiva, primero, y subjetiva, más tarde permiten generar dudas de imparcialidad por parte de cualquier observador externo. Ahora bien, estas

consideraciones deben ser puestas en relación con otras alegaciones del presente recurso que **complementan** esta perspectiva expuesta y que, siempre desde el ejercicio del derecho a la defensa, robustecen las dudas sobre la actitud de neutralidad del Tribunal. Son:

1) La **modificación del criterio de competencia "ad hoc"**, tal como ya fue extensamente argumentado en el escrito del art. 666 LECrim y en nuestro escrito de conclusiones provisionales, para atraerse el conocimiento de la causa y desarrollado en el primer motivo del presente recurso de amparo.

El TEDH en su sentencia De Cubber contra Bélgica de 26 de octubre de 1984 declaró la falta de imparcialidad subjetiva basada en el hecho que el juez que había obtenido la competencia para juzgar el Sr. De Cubber lo había hecho sin respetar las normas vigentes ("por motivos extraños a las reglas normales de distribución de las causas"). Un criterio que ha sido reiteradamente asumido por el TEDH por ejemplo en la STEDH Kyprianou contra Chipre de 15 de diciembre del 2005:

"*119. En aplicación del test subjetivo, el Tribunal ha establecido de forma constante que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida salvo prueba en contra (ver STEDH Hauschildt contra Dinamarca de24 de mayo de 1989, Series A no. 154, p. 21, § 47). Como ejemplo del tipo de prueba requerida, el Tribunal ha procurado determinar si un juez ha mostrado hostilidad o mala voluntad o ha preparado la situación para tener un caso asignado a sí mismo por motivos personales."*

2. La resolución de **la cuestión relativa a los derechos lingüísticos** en el presente procedimiento, consecuencia de la modificación del criterio de competencia, y que nuevamente aparecen abordados en la sentencia recurrida des de una lógica contraria al derecho de los ciudadanos tal como se prescribe en los textos internacionales. Se adopta nuevamente una perspectiva desde los derechos de los magistrados que componen el tribunal, y no desde los derechos del ciudadano, que es lo que debería ser preponderante a nuestro entender; todo ello, obviamente expresión inequívoca de una forma de entender el Tribunal Supremo de un estado uninacional y no plurinacional.

3. El **mantenimiento de la prisión provisional** de mi representado a pesar de su comparecencia voluntaria en dos ocasiones ante la magistrada instructora en 2017, especialmente después de la emisión del clarividente dictamen del Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas que contenía una exposición clara de hechos y derechos fundamentales dirigida a los poderes públicos del Estado y por lo tanto también a este Tribunal Supremo, al que no se hace ni tan siquiera mención en la extensísima sentencia hoy impugnada, tal como ya desarrollamos en otros puntos del presente recurso de amparo.

En conclusión, y dicho siempre con el máximo respeto, la censura de esta parte en cuanto a la imparcialidad del Tribunal no responde, como dice la sentencia recurrida, a una percepción de "*un grupo de siete disciplinados funcionarios dispuestos a ejercer la venganza del Estado por el proceso secesionista"* (p. 102)*,* sino seguramente a algo mucho más sutil, profundo e imperceptible para los propios afectados pero que aflora mediante los hechos objetivos y los elementos expuestos en esta alegación. Quizás se debe a un problema de superposición de funciones, cuando este Tribunal Supremo ha hecho al mismo tiempo de tribunal sentenciador, de tribunal de casación y de tribunal constitucional todo a la vez, para resolver una querella interpuesta por la Fiscalía General del Estado y secundada por la Abogacía del Estado, en una condensación de los intereses de protección del Estado de tal calibre que ha comprometido, a nuestro entender, la función de administración de justicia.

TERCERO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN (ART. 21 CE Y 11 CEDH)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a desarrollar el contenido del derecho de reunión pacífica del art 11 CEDH de forma especialmente central como derecho democrático. Efectivamente el derecho de reunión es un derecho fundamental en el proceso de formación de la opinión pública, constituyendo, junto a la libertad de expresión, un derecho básico en una sociedad democrática. Además, tiene un carácter finalista, dirigido a posibilitar la formación de una opinión pública libre, de aquí su vinculación con la libertad de expresión. El derecho de reunión pacífica goza de límites exclusivamente en términos de gestión del orden público y de protección de bienes de terceros. Sin embargo, no es compatible con la protección de este derecho la sanción de ciudadanos por su participación en expresiones del derecho de reunión siempre que sean pacíficas y que no hayan sido expresamente prohibidas en los términos que ha desarrollado el Tribunal.

El concepto de reunión pacífica. El término reunión designa la presencia intencional y temporal de un mínimo de veinte personas[29] con el objetivo de expresar un punto de vista común. La reunión puede revestir múltiples formas, se puede canalizar mediante el ejercicio de la palabra, donde su límite coincidiría con el de la libertad de expresión[30], o mediante acciones concretas: por ejemplo, podría consistir en un corte de carreteras[31], en bloqueos[32] (incluso de un puente con vehículos durante horas[33]), en una sentada[34], o en no acatar las órdenes de dispersión de la policía y seguir una marcha[35], en una manifestación, de personas, vehículos o bicicletas[36], incluso la ocupación de un edificio[37]. El carácter «temporal» de la reunión no debería excluir la construcción de campamentos de protesta o de otras construcciones más permanentes[38]. La reunión puede tener lugar dentro del espacio público o privado[39]. El hecho que ésta no haya sido autorizada o que las condiciones

---

29 Artículo 1.2 LO 9/1983

30 Como el Tribunal Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones, "el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria" (SSTC 85/1988, 66/1995).

31 En la STC 59/1990 el corte de carretera con obstrucción del tráfico se incluyó entre las facultades de este derecho al no haber lesionado, en el caso concreto, el límite del orden público con peligro para personas o bienes. También el TEDH (caso Kudrevičius y otros c. Lituania, 26-XI-2013) ha amparado en el art. 11 CEDH un corte de carretera en ejercicio del derecho de manifestación.

32 Según se expone en el informe "Directrices sobre el derecho de reunión pacífica" de la OSCE de 2010: OSCE-ODIHR, *Guidelines of Freedom of Peaceful of Assembly*, 2010, párrafos 17 y 26, https://www.osce.org/odihr/73405?download=true.

33 STEDH, *Eva Molnar contra Hungría,* n° 10346/05, 7 de octubre de 2008.

34 STEDH 19-XI-2019, caso Razvozzhayev v. Rusia y Ucrania y Udaltsov v. Rusia.

35 STEDH 5-XII-2006, caso Oya Ataman c. Turquía

36 CDL-AD (2010) 020, p. 22, § 17, notas 42 y 23.

37 STEDH, *Cissé contra Francia,* n° 51346/99.

38 CDL-AD (2010) 020, p. 24, § 18.

39 *Ibid.*

impuestas por las autoridades no hayan sido respetadas no permite excluir la protección.[40]

Se trata, en definitiva, de conductas que pueden incomodar u ofender a personas opuestas a las demandas o reivindicaciones que la reunión promueve, incluso conductas que deliberadamente impiden u obstruyen las actividades de terceros. Lo relevante en estos supuestos es, como dice el Tribunal europeo en la Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (caso Oya Ataman c. Turquía) que, en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia, a fin de que la libertad de reunión no sea desprovista de su contenido[41].

Carácter pacífico. La protección garantizada por el derecho internacional se limita a las reuniones «pacíficas». Para poder beneficiarse de la protección de este derecho, los organizadores deben tener la voluntad de tener una reunión pacífica o no disponer de una intención violenta que pueda resultar en problemas de orden público[42]. El término «pacífico» no debe ser interpretado en sentido estricto. En efecto deben ser admitidos «los comportamientos susceptibles de indisponer u ofender a terceros o incluso obstaculizar o impedir las actividades de una parte de la población»[43]. A título de ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (CommEDH) ha juzgado que el hecho de bloquear una ruta por una sentada con el objetivo de impedir el acceso a emplazamientos militares no puede ser considerado como un acto violento que quede excluido de la protección del ejercicio del derecho fundamental[44].

Actos violentos aislados. Por lo que se refiere a la eventual comisión de actos violentos en el transcurso de una reunión la CommEDH ha dicho que «la posibilidad de contramanifestaciones violentas o de aquellas de extremistas con intenciones violentas o de personas no miembros de la asociación organizadora que

---

[40] STEDH, *Cissé contra Francia,* n° 51346/99, § 50.

[41] En cuanto a las condiciones de ejercicio, el art. 21.2 CE no exige comunicación previa a la autoridad para reuniones en lugares cerrados pero sí para aquellas que discurran en lugares de tránsito público. Y la comunicación previa se presentará ante la autoridad gubernativa con una antelación mínima de 10 días y 30 como máximo, aunque cuando existan circunstancias extraordinarias y graves, dicha comunicación podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas. Ahora bien, la no comunicación previa, de acuerdo con el TEDH, no sitúa extramuros del derecho de reunión una concentración si se celebra de forma pacífica porque "(...) en circunstancias especiales, cuando pueda estar justificada la reacción inmediata ante un acontecimiento político en forma de manifestación, la decisión de disolver la consiguiente reunión pacífica, solo por no haberse cumplido el requisito de notificación previa y sin que los participantes hayan incurrido en comportamientos ilícitos, constituye una restricción desproporcionada de la libertad de reunión pacífica" (STEDH 17-VII-2007, caso Bukta y otros c. Hungría).

[42] CommEDH, *Christians against racism and fascism contra Reino Unido,* n° 8440/78, decisión, 16 de julio de 1980.

[43] Comisión de Venecia, líneas directoras sobre la libertad de reunión pacífica, Venecia, 4 de junio de 2010, CDL-AD (2010) 020, p. 8.

[44] CommEDH, *G. contra Alemania,* n° 13079/87, decisión 6 marzo de 1989.

se unen a la manifestación, no pueden, como tales, suprimir el derecho. Incluso en el caso que exista un riesgo real que en la manifestación puedan producirse disturbios por causa de hechos que escapen del control de los organizadores, esta manifestación no puede excluirse por esta sola razón del campo de aplicación del artículo 11 CEDH»[45] .

El derecho de reunión, en la delimitación de su contenido, protege las reuniones pacíficas (art. 21.1 CE y 11.1 CEDH) en las que sus promotores excluyen comportamientos violentos en su transcurso[46], garantizándose a través de la organización correspondiente un desarrollo en paz de la misma, de modo que durante su celebración no se instigue a la producción de desórdenes, a la comisión de un delito o se tolere su realización. *A sensu contrario*, por lo tanto, del derecho de reunión sólo se excluyen las reuniones no pacíficas – donde los manifestantes o reunidos llevan a cabo actos violentos[47]- o con armas. Naturalmente, el carácter pacífico de la reunión no cuestiona el hecho de que haya incidentes, aunque sean graves, causados por una minoría, de manera que la protección del ejercicio constitucional de un derecho no puede quedar disponible al designio de esa minoría[48]. Y así lo entiende el TEDH para quien el hecho de que ciertos manifestantes hayan cometido actos violentos no afecta la evaluación de la conducta de los organizadores de la reunión o de otros participantes (STEDH de 18-VII-2017, caso Mesut Yıldız y otros c. Turquía; y STEDH de 19-XI-2019, caso Razvozzhayev c. Rusia y Ucrania y Udaltsov v. Rusia).

Límites generales del derecho de reunión. La libertad de reunión pacífica no es un derecho absoluto. Cualquier injerencia puede llegar a estar justificada mediante el respeto de las tres condiciones habituales: existencia de base legal, interés público a proteger y respeto del principio de proporcionalidad. En cuanto al respeto del principio de proporcionalidad, le corresponde al Estado la carga de la prueba del carácter proporcional y justificado de la injerencia (cf. por ejemplo STEDH Navalny contra Rusia, 15 de noviembre del 2018, § 144). Por lo tanto, pertenece a la autoridad estatal probar que una eventual injerencia, por ejemplo, bajo la forma de una sanción penal, puede ser considerada como «necesaria en una sociedad democrática». Según la jurisprudencia de la Corte «el adjetivo *necesario* no puede

---

[45] CommEDH, *Christians against racism and fascism contra Reino Unido,* n° 8440/78, decisión, 16 de julio de 1980.

[46] La carga de la prueba de las intenciones violentas de los organizadores de una manifestación incumbe a las autoridades (STEDH de 2-II-2010, caso Partido popular demócrata-cristiano c. Moldova; y STEDH de 5-I-2016, caso Frumkin c. Rusia).

[47] Actos violentos entendidos como actos de violencia física o intimidatoria (amenaza condicional, dirigida a lograr una alteración en la conducta del destinatario) para terceros. En este sentido SSTC 59/1990 y 66/1995.

[48] Por ello, la protección constitucional de este derecho fundamental no excluye la responsabilidad penal de quienes sean los autores de eventuales hechos violentos, en los términos previstos en los artículos correspondientes del Código Penal (arts. 513 y 514).

suplirse con términos como *admisible, razonable* u *oportuno*. La necesidad implica siempre **la existencia de una necesidad social imperiosa»**.

Así la STEDH Bukta y otros contra Hungría de 17 de julio de 2007

"37. Al respecto, el Tribunal constata que nada indica que los demandantes representaran un peligro para el orden público, más allá de las perturbaciones menores que inevitablemente supone cualquier reunión celebrada en la vía pública. Recuerda que «en ausencia de actos violentos por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos muestren de cierta tolerancia para con las asambleas pacíficas, con el fin de que la libertad de reunión garantizada por el artículo 11 del Convenio no carezca de contenido» (Oya Ataman contra Turquía, núm. 74552/2001, aps. 41-42, CEDH 2006-XIV)."

O la STEDH Galsytan contra Armenia 15 de septiembre 2007

"115. *Por otro lado, la libertad de tomar parte en una reunión pacífica es de tal importancia que una persona no puede estar sujeta a sanción- ni tan siquiera a una de las más bajas en la escala de sanciones disciplinarias- por haber participado en una manifestación que no había sido prohibida y siempre que esta persona no haya cometido ningún acto reprobable en ocasión de esta reunión. (…)*

117. *A la luz de lo expuesto, la Corte concluye que el demandante ha sido sancionado por el mero acto de estar presente y proactivo en la manifestación en cuestión, no por cometer ningún acto ilegal, violento u obsceno en el transcurso de la misma. En este respecto, la Corte considera que la esencia más importante del derecho a la libertad de reunión pacífica estaría perjudicada si el Estado no ha prohibido la manifestación, pero más tarde impone sanciones, especialmente si estas son severas, a los participantes por el mero hecho de estar allí, sin cometer hecho alguno reprobable como sucede en el caso del demandante. La Corte por lo tanto concluye que la interferencia con el derecho a la libertad de reunión pacífica del demandante no ha sido "necesaria en una sociedad democrática".*

A nuestro entender la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, asumiendo la perspectiva criminalizadora de la fiscalía, la abogacía del Estado y el partido de extrema derecha VOX reprocha al Sr. Jordi Cuixart Navarro su participación, intervención pública y convocatoria de manifestaciones de carácter masivo y de naturaleza pacífica que por lo tanto no pueden ser incriminadas ni ser sustrato de acusación alguna por delito porqué un mismo hecho no puede ser al mismo tiempo delito y ejercicio de un derecho fundamental. Así ha sido expresamente considerado por parte de **dos relatores del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.** Por un lado, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Sr. Michel Forst,

en su informe del pasado diciembre del 2018 en el que hace referencia específica al Sr. Cuixart como defensor de derechos humanos y a la existencia de un procedimiento penal a raíz de la organización de protestas en Barcelona, (documento núm.8 (p. 484 en la edición en inglés del escrito de defensa presentado por esta parte) y por otro lado el Sr. David Kaye, relator especial de Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión y opinión, quién en una declaración el pasado 6 de abril del 2018 señalaba que "*las acusaciones por rebelión que no incluyen violencia ni incitación a la violencia pueden interferir con los derechos de protesta y crítica pública"* (documento núm.9 del escrito de defensa presentado por esta parte).

Y, es más, la construcción de procedimientos penales por delitos graves en base a actos masivos y pacíficos de la sociedad civil en demanda de unas actuaciones de los poderes públicos o en crítica por la actuación de otros como es el poder judicial conlleva no solo un ataque a los derechos fundamentales en este caso del Sr. Jordi Cuixart Navarro sino que erosiona el derecho fundamental de reunión del conjunto de la ciudadanía a través del llamado efecto desaliento (*chilling effect*)[49]. Así lo proclamaba por ejemplo la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 7 de julio del 2014:

"Aquí es donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política."

Este temor es compartido por la principales ONG europeas, como Amnesty International, quien, expresándose sobre la situación particular de Jordi Cuixart y la interpretación del delito de sedición, han denunciado que "*The interpretation of this crime by the Supreme Court could have a 'chilling effect' that could prevent people from participating in peaceful protest"*[50]. [La interpretación de este delito por parte del Tribunal Supremo puede tener un 'efecto desaliento' que puede desincentivar a la población a participar en protestas pacíficas.]

Es por todo ello que entendemos que la incriminación y la condena penal contenida en la sentencia recurrida, que parte de la mirada jurídica que comprende como delito el ejercicio del derecho fundamental de reunión, es una clara vulneración

---

[49] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo "*La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil*". En "Protección Jurídica del Orden Público, la Paz Pública y la Seguridad Ciudadana". Valencia, 2016, pp. 75 y ss.

[50] https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/11/spain-conviction-for-sedition-of-jordi-sanchez-and-jordi-cuixart-threatens-rights-to-freedom-of-expression-and-peaceful-assembly/

de la vigencia de dicho derecho, dado que mal se puede conciliar el ejercicio de dicho derecho con su simultánea incriminación.

1. EL IMPOSIBLE ENCUENTRO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONDENAS PENALES

El ejercicio de un derecho fundamental nunca puede ser objeto de sanción (desde la STC 11/1981) ni laboral (STC 198/2004), ni administrativa (STC 42/2000), ni penal (SSTC 39/2005 o 196/2002). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico – afirma el Tribunal Constitucional en la STC 185/2003- imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, "los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción" (FJ 5, con cita de la STC 2/2001).

En consecuencia, cuando se pretende la imposición de una sanción por el ejercicio de un derecho fundamental es necesario, previamente a cualquier otra consideración y, especialmente, a la de si su concreto ejercicio supuso o no una extralimitación del mismo (lo que tampoco inexorablemente comportaría la imposición de una sanción), analizar si la conducta objeto de sanción puede encuadrarse en el ámbito propio del derecho fundamental invocado, lo que exige **situar el primer análisis no en el ámbito de los límites externos al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido** (por todas, SSTC 127/2004, 185/2003, 124/2005).

Pero ningún esfuerzo hermenéutico se halla en este sentido en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, al condenar al Sr. Jordi Cuixart a nueve años de prisión por un delito de sedición. Es más, su punto de partida se sitúa en el opuesto y hace encajar de forma directa hechos y conductas en tipos delictivos sin cuestionarse si podían estar amparadas por el contenido de un derecho fundamental. Y, de ser así, el único pronunciamiento posible en Sentencia era el de su libre absolución.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN EN LA SENTENCIA RECURRIDA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

De acuerdo con la Sentencia examinada, el Sr. Cuixart, junto con el Sr. Sànchez, respectivamente presidentes de *Òmnium Cultural* (OC) y de *l'Assemblea Nacional Catalana* (ANC), actuaron como la "rama civil" del entramado sedicioso.

La Sentencia, que no desconoce que en este caso está en juego el derecho de reunión de los encausados, dedica escasamente tres páginas (pp. 244-247) a resolver una cuestión de tanta trascendencia como esta. Y su punto de partida no es el que exige el Tribunal Constitucional, esto es, el del contenido del derecho fundamental invocado –en este caso el derecho de reunión- sino el de sus límites ("La legitimidad del derecho de reunión está fuera de controversia. Pero también lo está la existencia de límites al ejercicio de este derecho", p. 244).

Desde esta perspectiva, entiende que una cuestión es la disidencia política y otra muy distinta

"la oposición activa y concertada, frente a actuaciones de agentes de la autoridad con respaldo legal y constitucional encaminadas pura y llanamente a dar cumplimiento a un específico y muy concreto mandato judicial. La estrategia desplegada que, en buena medida, fue estimulada y alentada con entusiasmo y un innegable poder convictivo y movilizador por los acusados -cada uno de ellos en su propio ámbito de actuación- fue desplegada para lograr que la votación prohibida se llevase a cabo imposibilitando de hecho, mediante la interposición física, la actuación de los agentes de la autoridad. Y esa actuación, es indudable, desborda totalmente los linderos de lo que ha de considerarse legítimo derecho de reunión para la exteriorización de la protesta o crítica por la actuación de los poderes públicos" (p. 246-247).

Más adelante, cuando examina las conductas concretas de los Sres. Cuixart y Sànchez, extiende esta actitud obstructiva a las concentraciones acaecidas el 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, de modo que el "alzamiento público y tumultuario" exigido en el tipo penal del art. 544 CP está conectado en la Sentencia, por lo que a estos dos dirigentes sociales se refiere, a esas dos fechas. La tesis central es, así, clara:

"*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. (…) (A)nte ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición*"

(p.283).

Se omite, pues, la circunstancia de que lo que está en juego es un derecho fundamental, y se prescinde, así, de situar un primer análisis en el ámbito de la delimitación del contenido del derecho en cuestión.

4 EL ORDEN PÚBLICO COMO ELEMENTO DELIMITADOR

Bajo nuestra perspectiva se ha producido una evidente vulneración del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE fruto de una inadecuada aplicación del tipo penal del art. 544 CP (delito de sedición), ubicado dentro del título XXII de los "delitos contra el orden público". Ciertamente el orden público opera en el artículo 21.2 CE como límite expreso al ejercicio del derecho de reunión[51]. Sin embargo, todavía hoy este concepto aparece como excesivamente indeterminado y de difícil definición tal como se puede comprobar incluso en el análisis que del mismo hace el Tribunal Supremo en la sentencia hoy recurrida en las páginas 276 y siguientes. Para empezar, diremos que en la definición doctrinal y conceptual del orden público han existido, tradicionalmente, dos grandes planteamientos contradictorios: la concepción ideal y la concepción material de orden público.

El mayor exponente de la **concepción ideal de orden público** fue Otto Mayer[52] quien definió éste como un deber del ciudadano de no perturbar mediante su conducta el "buen orden de la comunidad" en la que se proyectaba socialmente. Desde esta perspectiva se entiende el orden público como un conjunto de reglas no escritas, cuya observancia, de acuerdo con las concepciones ético-morales del momento, se considera como primera condición para una convivencia ordenada. El fundamento de tal obligación radicaba en el mundo del "deber ser", se trataría de una obligación moral o natural del ciudadano. De acuerdo con esta concepción, el conflicto social o cualquier tipo de "alboroto" callejero que atente contra los valores considerados esenciales es percibido en sentido negativo, como un momento de ausencia de autoridad y orden. Esta es la concepción de orden público imperante en los estados totalitarios y que imperó en España durante el franquismo expresamente atribuida como una facultad del jefe del Estado a partir del establecimiento de la cláusula de orden público ("velar para la conservación del orden público en el interior") en el art. 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Es la fórmula que también había existido de forma ininterrumpida desde 1812 hasta la Segunda República, cuya preservación estuvo encomendada al Rey y al ejército convirtiendo el concepto de orden público en sinónimo de arbitrariedad y militarismo. La obligación natural de obediencia del súbdito se convertía así en una facultad

[51] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo "*Rebelión ciudadana y sistema punitivo. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos*". En Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana. Aranzadi. Pamplona, 2019, pp. 348 y ss.

[52] O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, I, 3º ed., 1924, reedición en Duncker Humblot, Berlín, pp. 208, 209 y 210.

inherente del Estado para poder actuar contra él, de manera que el orden público sufriría una mutación irreversible en cuanto a su funcionalidad, pues pasa de ser una cláusula garantizadora y protectora de un bien jurídico, a ser una cláusula que constriñe y limita derechos y libertades.

La dictadura, de hecho, había elaborado específicamente en el año 1959 una Ley de Orden Público que definía el concepto de orden público con el siguiente literal en el artículo 1:

"El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público."

En esa misma ley se establecía como actos contrarios al orden público:

"Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España."

En el marco del desarrollo de esta ley, en 1963 entró en funcionamiento el Tribunal de Orden Público, creado mediante ley 154/1963 de 2 de diciembre, que se encargó con jurisdicción en todo el Estado de juzgar y condenar entre otros los delitos de desórdenes públicos, rebelión y sedición. La reforma del Código Penal de 1963 reformó el artículo 222 CP para decir que "serán castigados como reos de sedición: (…) 3. Las huelgas de obreros", máxima expresión del carácter represivo del precepto que, no olvidemos, no fue derogado por el legislador sino por la trascendental sentencia de este Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril sobre el derecho de huelga. Con todo ello, no cabe ninguna duda que el aparato institucional represivo de la dictadura se construyó a partir de ese concepto ideal de orden público, tan útil para regímenes autoritarios.

En cambio, la **concepción material del orden público** afirma que éste no es un orden fundamentado en un sistema axiológico de valores o en el sentir de una comunidad social, sino que es algo tangible que se puede medir a partir de observar si un determinado acontecimiento sucede de acuerdo con lo previsto en el Derecho positivo vigente. Tal concepción es la propia de los modelos de Estado social y democrático de derecho, reconocido en el art. 1.1 CE. De hecho, este mismo Tribunal Constitucional ha reconocido de forma reiterada que

"*el concepto de orden público no es el mismo en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de derecho*" (STC 59/1990, FJ4º).

Exactamente en la misma dirección ha planteado la cuestión el TEDH en la STEDH Alekseyev contra Rusia de 21 de octubre del 2010 relativa al derecho de reunión y la prohibición de las manifestaciones del orgullo gay en Moscú basada en un riesgo para el orden público:

« As has been stated many times in the Court's judgments, not ***only is democracy a fundamental feature of the European public order*** *but the Convention was designed to promote and maintain the ideals and values of a democratic society. Democracy, the Court has stressed, is the only political model contemplated in the Convention and the only one compatible with it. By virtue of the wording of the second paragraph of Article 11, and likewise of Articles 8, 9 and 10 of the Convention,* ***the only necessity capable of justifying an interference with any of the rights enshrined in those Articles is one that may claim to spring from a 'democratic society' (****see Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, §§ 86-89, ECHR 2003-II, and Christian Democratic People's Party)."*

Es más, en un modelo como el diseñado en la CE, el concepto de orden público en ningún caso debe entenderse como indeterminado. Al contrario, como ha indicado la doctrina iuspublicista, el hecho de que este concepto no tenga una determinación concreta en la ley no puede traducirse en una indeterminación ni arbitrariedad subjetiva en la aplicación del mismo, sino que se trata de un concepto que admite ser precisado en el momento de la aplicación existiendo sólo una solución justa en cada caso. Esto es, o se ha faltado al orden público o no se ha faltado, de acuerdo con la literalidad del derecho positivo, pero este no puede erigirse en concepto vacío útil para justificar cualquier injerencia del *ius puniendi* del Estado.

Atendiendo a todo lo anterior, es evidente que en España la interpretación del concepto de orden público debe hacerse en el interior del modelo de Estado social y democrático de derecho y del conjunto del texto constitucional de 1978, los cuales, a diferencia del concepto ideal de orden público preconstitucional propio del franquismo, establecen un concepto material de orden público expresado en la literalidad de la ley.

Bien es sabido que el orden público opera en el artículo 21.2 CE como límite expreso al ejercicio del derecho de reunión. Y que en él pierde aquel regusto franquista que durante tantos años mantuvo el Tribunal Supremo, cuando adoptaba el dato de la ideología de los procesados como valorativo y determinante del fallo al confluir con el orden público, juzgando a los procesados por lo que "eran" y no por lo que habían hecho[53]. Cambia, pues, radicalmente esta noción del "orden público"

[53] SSTS de 15-XII-1964, 29-IV-1965, 18-III-1969, entre muchas otras.

con la Constitución de 1978. Porque, según el Tribunal Constitucional,

"interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, (…) se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político" (STC 66/1995).

Por ello, por una parte, el concepto material de orden público que el Tribunal exige para limitar el derecho de reunión incluye sólo peligros para personas o bienes derivados de las acciones violentas que puedan producirse en la celebración pacífica de la concentración, *"ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o a paliar los citados peligros"* (STC 66/1995). Por otra parte, el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política, ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado.

4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE *ORDEN PÚBLICO* EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

De entrada, podemos afirmar que la opción sobre orden público asumida por la sentencia del Tribunal Supremo ahora recurrida es una opción que no puede justificarse desde una lectura constitucional del concepto de orden público. De entrada, debemos insistir que la posición mayoritaria de la doctrina e incluso de la jurisprudencia de nuestros tribunales ha venido a establecer que el bien jurídico protegido en los delitos del Título XXII del Código penal (*Contra el orden público*) junto al orden público es la paz pública como modalidad específica y más estricta de aquel valor[54]. En consecuencia, *orden público* y *paz pública* no son conceptos jurídicos sinónimos. Según la comprensión democrática del bien jurídico **el único desorden penalmente relevante es aquél que más allá del orden público afecta**

[54] Sobre la relación entre los conceptos Orden público y Paz Pública, la SAP Barcelona 11/03/2019 (TOL. 7.250.664) se hace eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29-11-1994: "el concepto de paz pública ha de ser considerado como una especie dentro del género "orden" antes referido, siendo ésta la que conduce a la observancia de unas concretas normas, las que regulan una clase especial de convivencia, aquella que se desarrolla en el exterior por no aparecer circunscrita a determinados recintos o espacios geográficos que no transcienden a la tranquilidad ciudadana en general. En este sentido, el precepto requiere para que pueda ser aplicado no cualquier clase de alteración del orden público, es decir, no cualquier clase de incidencia concerniente a la paz o convivencia social ni cualquier inobservancia de una norma de régimen interno, sino que resulta preciso que aquellas actuaciones afecten gravemente al bien jurídico protegido".

también a la paz pública. Podría decirse, como expone Juanatey Dorado que en el título XXII hay un bien jurídico genérico que es el orden público entendido como

"el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del principio de autoridad entendido en sentido democrático, del mantenimiento del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la convivencia social y, en definitiva, de la organización democrática del Estado"[55].

Sin embargo, este valor ya se encuentra tutelado por la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana, por lo que el verdadero bien jurídico base de los diferentes delitos contra el orden público debería ser un concepto distinto, la **paz pública**. Definida por la sentencia del Tribunal Supremo de 17/05/2018 (RJ 2018, 2286), como un concepto que

"… trasciende al de orden público, centrado en el normal funcionamiento de instituciones y servicios, para proyectarse hacia el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana y la efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en un clima de libertad y respeto mutuo".

En este sentido y a nuestro modo de ver el bien jurídico de *orden público* desde una perspectiva material debería superar viejas comprensiones de tutela que se acercan mucho más a la perspectiva del régimen anterior a 1978 que propiamente al régimen constitucional. Unos párrafos más arriba detallábamos el redactado del concepto de orden público definido en la Ley de 1959. Asimismo, si comprobamos el concepto de orden público que contiene la sentencia hoy recurrida, comprobaremos que son claramente equiparables, y ello demuestra una absoluta y errónea percepción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así en la Sentencia recurrida se define el orden público como:

"*Se trataría, en fin, de la protección penal del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones (…) y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado."* (p. 277)

---

[55] Carmen Juanatey Dorado. Los desórdenes públicos del artículo 557 del Código Penal. En Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana. Alberto Alonso Rimo (director) David Colomer Bea (Coordinador). Aranzadi, Navarra, 2019, nota 8, p. 187. Vid. de esta misma autora una tesis similar en "Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015" CPCrim, nº 120, diciembre, 2016, pp. 44-52. Otro penalista que defiende las diferencias entre ambos conceptos es Díaz y García Conlledo, M "Reunión y manifestación ilícita", en Luzón Peña,(Dir) Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, p. 1118.

Esta definición es absolutamente insuficiente para distinguir entre el concepto de orden público autoritario y el concepto de orden público democrático. Y al mismo tiempo no permite ni tan siquiera distinguir entre la antijuridicidad administrativa que justifica la *sedición administrativa* del art. 36.4 LOPSC de la antijuridicidad del delito del artículo 544 CP. La posición del Tribunal Supremo es absolutamente imposible de asumir desde esta lógica de lectura constitucional del *orden público.* Desde la doctrina mayoritaria, la distinción debe construirse como mínimo desde la comprensión que solo puede distinguirse entre ambas infracciones, considerando que solo hay antijuridicidad penal si se produce una afectación de la paz pública, **sólo si se impide de forma duradera el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos**. La pena de naturaleza privativa de libertad que prevén las fórmulas del delito de sedición exige que la simple alteración del orden se proteja mediante el Derecho Administrativo y sea la lesión del valor paz pública el que se encauza a través del Derecho Penal.

A diferencia de lo aquí expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo hoy recurrida, parece equiparar orden público y paz pública y, en cambio, exige, además, un elemento subjetivo añadido de carácter político en el delito de sedición. De ese modo, sustenta que el delito de sedición

"*es un aliud y no meramente un plus o un minus. Implica conductas activas, alzamiento colectivo, vías de hecho, despliegue de resistencia. La concreta gravedad del delito de sedición radica en su especificidad típica respecto de los otros tipos de la rúbrica. La sedición no alcanza a toda turbación de la paz o tranquilidad pública*". (p. 279)

Yendo más allá del principio de legalidad penal, desviándose de la exigencia típica (art. 544) y una interpretación sistemática del Título en el que se encuentra, el Tribunal Supremo reivindica, como si aún fuera un delito contra la Seguridad Interior del Estado o contra la Constitución

"*una específica finalidad política o social, será necesario que afecte a la colectividad interesada en la efectividad de las funciones a que hicimos referencia. En definitiva, el principio de proporcionalidad propio del derecho penal democrático exige valorar si el tumulto imputado a los autores pone efectivamente en cuestión el funcionamiento del Estado democrático de derecho. Así lo impone, no solo la vigencia de los principios que informan la aplicación del derecho penal en nuestro sistema constitucional, sino la necesidad de no incurrir en perturbadoras interferencias entre el ámbito típico del delito de sedición y otras respuestas del derecho administrativo sancionador, que miran a formas de obstrucción no encajables en el tipo penal descrito en el art. 544 del CP (cfr. art. 36.4 de la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana)*". (p. 279)

La reclamación de un especial elemento subjetivo, la finalidad política, es una nueva invención del Tribunal Supremo y enturbia la concepción del bien jurídico protegido porqué nada vinculado al debate político aparece en principio contenido en una perspectiva democrática del contenido del orden público ni tampoco de la literalidad del precepto penal que regula en el código el delito de sedición. De este modo, el Tribunal confunde **el orden público con el orden político**[56] alegando una finalidad subversiva que aparece expresamente referida en los delitos de terrorismo, pero no en el vigente delito de sedición. El Tribunal Supremo rehúye, de este modo, delimitar el derecho fundamental de reunión y el concepto de orden público para inmiscuirse en debates absolutamente ajenos, impropios e innecesarios. En realidad, lo único que debería precisar el Tribunal es si la concentración ante la Conselleria de Economía del 20 de septiembre y en los centros de votación el 1 de octubre fueron expresiones del ejercicio legítimo de un derecho a la manifestación, reunión, concentración o un exceso absolutamente desproporcionado del mismo. Ahora bien, en ese debate ningún espacio debe tener si se puso o no en peligro las bases constitucionales del Estado, ni tampoco si esa podía ser o no la finalidad de los acusados. El debate debería ser exclusivamente en términos de una paz pública que no se vio alterada dado que nunca se impidió el cumplimiento de la ley o el ejercicio de las funciones públicas de los funcionarios del Estado.

Llegados a este punto, que puede argumentarse como crítica evidente a la sentencia recurrida exclusivamente desde las posiciones más tradicionales de nuestra doctrina y jurisprudencia de época constitucional, podría incluso darse un paso más en la definición del concepto, aseverando que el *orden público* en un sistema democrático debe ser **interpretado en sentido positivo y nunca como un límite implícito de los derechos fundamentales.** Desde esta posición defendida entre otros por los profesores REBOLLO VARGAS[57], ÁLVAREZ GARCÍA[58] y PAREDES CASTAÑÓN[59] la identificación del bien jurídico protegido con la "tranquilidad" o la "paz pública" nos puede trasladar a tesis en las que simplemente parece protegerse las expectativas legítimas que todo ciudadano alberga que el resto de ciudadanos respetarán el ordenamiento jurídico positivo, algo que en su versión más radical puede volver a conducirnos nuevamente a posiciones claramente autoritarias porqué acaban simplificando el objeto de protección con el mantenimiento del *statu quo.*

---

[56] GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Injusta condena por sedición, un delito anacrónico y derogable* El Cronista 82

[57] REBOLLO VARGAS, Rafel, *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 *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 19 (2018)

[58] ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *La nueva reforma penal* en *Eunomía. Revista de cultura de la Legalidad* núm. 6 (2014)

[59] PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel, *El orden público como bien jurídico Autónomo (y legitimo)* en *Derecho Penal y estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig.* 2010

El artículo 21.2 CE establece que el derecho de reunión solo podrá prohibirse "*cuando existan razones fundadas de alteración del orden público,* ***con peligro para personas o bienes****".* Esta expresión es un mecanismo preventivo que vincula la limitación del derecho fundamental siempre a un **peligro objetivo** para personas o bienes y no a criterios subjetivos o puramente valorativos. Y este parecería ser el criterio asumido por este Tribunal Constitucional en la sentencia 193/2011 de 12 de diciembre en la que establece que una restricción del derecho de reunión requiere una alteración del

"*orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes o que suponga un sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles"*

Es por ello que ambos autores proponen superar el concepto de orden público a partir de los conceptos de *paz pública* o *tranquilidad material* que en algún momento pueden llegar a ser entendidos como *tranquilidad en la calle.* Es posible interpretar de forma positiva el orden público como la **participación plena de los ciudadanos en la vida pública** de este modo:

"*Las protestas, reuniones, manifestaciones públicas han de ser entendidas no como presupuestos de la alteración del orden público, sino como expresión de participación ciudadana en la reafirmación o confirmación del orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado. (…) Los tipos penales no han de configurarse partiendo del presupuesto de que son los derechos de reunión o manifestación los que deben ceder ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos, sino que han de adecuarse esos derechos pretendidamente afectados a una situación de conflicto. Por ello, el ejercicio del derecho de reunión o de manifestación sólo puede condicionarse cuando existan fundadas razones de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes; en todo caso, el concepto de orden público ha de construirse integrado con el ejercicio de derechos constitucionales."*[60]

En definitiva, cuando tratamos de delimitar este concepto de orden público que opera simultáneamente como justificador de la sanción penal y como delimitador del derecho fundamental, no podemos convenir que nos encontramos ante conceptos diferentes. El análisis debe venir presidido por un mismo concepto de *orden público* que no puede obviar la literalidad del texto constitucional que vincula sus límites a situaciones de peligro para personas y bienes. Por lo tanto, resulta absolutamente injustificable desde la óptica de la lectura constitucional que se pretende plantear que exista alteración del orden público porqué existe perturbación de la tranquilidad pública o alteración de la *normalidad institucional* como la

[60] REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit

planteada en la sentencia recurrida. En efecto, la mirada jurídica del Tribunal Supremo parte de un concepto negativo de orden público que cercena de forma evidente el ejercicio de los derechos fundamentales al entender que es posible limitarlos incluso cuando no exista la circunstancia prevista en el texto constitucional de peligro para bienes y personas. Contrariamente, debe defenderse un concepto positivo de orden público que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales y que se construya a partir de su ejercicio. En nuestro marco constitucional no puede resultar prevalente la negación de derechos fundamentales y principios garantizadores que constituyen la esencia de ese modelo de Estado[61], todo ello a favor de una pretendida tranquilidad social que pudiera verse perturbada en el ejercicio de funciones estatales. Urge, por lo tanto, una nueva definición de este Tribunal Constitucional del concepto constitucional de orden público vigente.

5. LA TÉCNICA DE PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Entre los delitos contra el Orden Público, hay que distinguir entre aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, manifestación, concentración, perturba la normal tranquilidad, el orden, respetando los requisitos esenciales y accidentales de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7), de aquellos otros en los que se produce un exceso desproporcionado del ejercicio del derecho. En los primeros casos, el desorden generado no es ilícito, es una consecuencia necesaria de la práctica de un derecho fundamental que se plantea como demanda de necesidades sociales o políticas (huelgas, escraches, manifestaciones) que genera probablemente molestias a otros ciudadanos. Esa exigencia conlleva una tensión entre derechos (libertad de expresión, ideológica, honor, libertad de circulación) que es necesario ponderar en cada caso.

De ese modo, tal como se expone en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 23 de febrero de 2016 (TOL5.728.395):

"*el ejercicio de determinados derechos, como el derecho de reunión o el de manifestación, fundamentales en una sociedad democrática, pueden ocasionar inconvenientes y molestias a otros ciudadanos y es preciso realizar una labor de ponderación entre los derechos de unos y de otros, admitiendo un cierto grado de inconvenientes en aras a la calidad democrática de la sociedad y al respeto al contenido esencial de aquellos derechos.*"

De hecho, en un sentido muy similar, el propio Tribunal Supremo en su sentencia sobre los hechos de *Aturem el Parlament* (frente a la cual penden un recurso de amparo ante este Tribunal y otro en el Tribunal de Estrasburgo) planteó

[61] TERRADILLOS BASOCO, Juan María, en *Enciclopedia penal básica.* Granada 2002.

la técnica de la ponderación o balanceo entre derechos fundamentales. Así en esta STS 812/2015 de 7 de marzo bajo ponencia del mismo magistrado que la hoy recurrida se decía:

"Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales -en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo-, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros."

Esta tesis es precisamente la que nosotros venimos a sostener en este procedimiento de amparo, en cambio aceptar, como hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo la tesis de la acusación significa sacrificar unos derechos fundamentales -reunión y expresión- de forma gratuita o mejor dicho de forma *injustificada.* En la tan conocida técnica de la ponderación, en el caso del 2015, se confrontaba el derecho fundamental de reunión frente al de participación política encarnado en los representantes políticos que tuvieron dificultades por acceder al hemiciclo del Parlament de Catalunya.

En el presente caso esos dos derechos sobre los que ponderaba esa sentencia -reunión vs participación política- no se encuentran enfrentados, más bien al contrario, tanto el 20 de setiembre como el día 1 de octubre los representantes políticos de la ciudadanía se encontraban o en casa o precisamente entremezclados ejerciendo derechos, como lo demuestra la prueba practicada durante las sesiones del juicio oral, en la que diputados y diputadas de un amplísimo espectro político ejercieron esos derechos que ahora pretenden ser criminalizados. Y todo ello especialmente desde la perspectiva de los actores de la sociedad civil, como el Sr. Jordi Cuixart, al que difícilmente se le puede achacar la infracción de derechos fundamentales de terceros que puedan llegar a concurrir en términos de ponderación con el alegado derecho fundamental de reunión.

Decíamos específicamente en la primera sesión de juicio oral durante el trámite de cuestiones previas relativas a derechos fundamentales al Tribunal:

"*Entonces ¿cuál es la justificación o ponderación que se propone? ¿Derecho de manifestación suspendido para proteger qué otro derecho fundamental? ¿La unidad territorial? ¿Será que ocurre lo que denunciaba mi compañera en estrados Marina Roig en la vista sobre competencia que estamos ante "un panorama mucho más desolador que es el sacrificio de derechos fundamentales reconocidos universalmente que algunos miembros de los poderes del estado parecen estar*

dispuestos a sacrificar en aras de una pretendida defensa del principio de la indisoluble unidad de la nación española"?

No, no existe un derecho fundamental a la unidad territorial. Y aunque la acusación se lo invente, (como se ha inventado muchos otros conceptos en estos últimos meses), este derecho no está reconocido por el derecho internacional y no se puede ponderar frente al derecho fundamental de reunión pacífica, este sí, reconocido por Estrasburgo, la ONU y los Estados democráticos."

El tribunal decidió no abordar la resolución de este debate en aquel momento inicial y advirtió a las partes que era una cuestión de fondo que iba a recibir su correspondiente análisis en la sentencia que se dictara. Sin embargo, a la vista de la sentencia recurrida, resulta evidente que el Tribunal Supremo no ha resuelto específicamente este debate y no ha utilizado la técnica de ponderación o balanceo que el mismo tribunal había aplicado en otros supuestos de relevancia constitucional, demostrando por tan evidente omisión que el derecho fundamental de reunión que invocamos como vulnerado no ha sido debidamente estudiado y tutelado en la sentencia contra la cual hoy recurrimos.

6. LA CRIMINALIZACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN EXPRESAMENTE PACÍFICA DEL SR. CUIXART

Llegados a este punto y una vez analizada tanto la configuración jurisprudencial del derecho fundamental de reunión como la delimitación del concepto -orden público- que puede llegar a justificar su restricción, no nos cabe ninguna duda que difícilmente pueden incardinarse dentro de un delito grave como el delito de sedición del art. 544 CP hechos de estricta naturaleza no violenta. Dicho de otro modo, si no hay riesgo ni lesión alguna de bienes de naturaleza personal o material, difícilmente puede justificarse la proporcionalidad de la injerencia que supone una sanción penal de nueve años de privación de libertad.

Acotado el derecho de reunión en ese marco constitucional, la actividad pública del Sr. Cuixart, en relación con las concentraciones de 20 septiembre y 1 de octubre es perfectamente incardinable en el contenido de aquel derecho fundamental. Si se parte, como debe partirse, de acuerdo con el texto constitucional, de lo que Cuixart "hizo" los días 20 de septiembre y 1 de octubre, y no de lo que "defendía" o "pensaba"[62], lo cierto es que sus llamadas a concentrarse -que en ningún caso fueron únicas ya que numerosas asociaciones, personalidades y

[62] Desde la perspectiva del ejercicio del derecho fundamental de reunión resultaba indistinto, como se ha descrito, cuál era el fin de las protestas o la posición ideológica de sus convocantes, puesto que el límite del orden público no constituye un sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social, sino que constituye un límite si se ponen en peligro personas y bienes. Y eso, como se desprende de la Sentencia, no tuvo lugar.

ciudadanos en general convocaron ambos días a la protesta- siempre estuvieron condicionadas a que tales concentraciones se desarrollaran pacíficamente; lo que también reconoce la propia Sentencia:

"La Sala no cuestiona su compromiso con la no violencia, siempre elogiable. Tampoco desconfía lo más mínimo de sus convicciones pacifistas y su repudio de actuaciones violentas". (p. 242)

"*Los Sres. Sánchez y Cuixart ejercían una indiscutida capacidad de liderazgo. La ausencia de violencia en convocatorias multitudinarias añadía una seña de identidad que reforzaba, si cabe, su capacidad de convocatoria*" (p. 42)

Y el transcurso de esas concentraciones continuó siendo pacífico en los términos del art. 21.1 CE, porque los puntuales actos de violencia descritos en la sentencia no fueron lo suficientemente numerosos como para afirmar que ambas concentraciones se tornaron violentas. La única violencia masiva que tuvo lugar el 1 de octubre, en concreto, fue la que emplearon los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, según reconoce la Sala, aunque la justifica porque *"ante la actitud tácticamente predispuesta de quienes se apostaron en las entradas de los centros, los agentes de Policía Nacional y Guardia Civil se vieron obligados al uso de la fuerza legalmente prevista"* (p. 54)[63].

Que en la manifestación en Consejería no hubo violencia ni fue ilícita, lo reconoce la propia sentencia recurrida:

"*los acontecimientos se desarrollaron con la presencia de una cifra próxima a los 40.000 manifestantes, que se agolpaban en un ambiente en el que coexistían los gritos reivindicativos, contrarios a la presencia de la comisión judicial, y los actos lúdicos, algunos espontáneos, otros, promovidos por los organizadores*" -p. 43-).

Además, tampoco fue una reunión ilegal en tanto en que en su ejecución no concurrieron ninguno de los límites establecidos por la Constitución (art. 21.2 CE) al derecho de reunión y manifestación ni los derivados de la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales, lo que se deduce del art. 10.1 CE. La propia sentencia así lo señala:

[63] Con ese uso de la fuerza, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quebrantaron el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de septiembre de 2017, y la Instrucción nº 6/2017, de la Fiscalía Superior de Cataluña, de 26 de septiembre, dirigida al Mayor de los *Mossos d'Esquadra*, contraviniendo, además, los criterios de adecuación, congruencia y oportunidad y la recomendación del Auto sobre la actuación policial en ese contexto: requisar urnas, papeletas, ordenadores*, siempre que no se alterara la normal convivencia de unos ciudadanos* que ejercitaban un derecho fundamental a concentrarse. Tampoco cumplieron con la labor subsidiaria de auxilio judicial a los Mossos. De hecho, la única violencia del 1 de octubre fue la ejecutada por los funcionarios policiales excediéndose en el cumplimiento del deber.

"*Ninguno de los ciudadanos que asistieron a las manifestaciones que se describen en el juicio histórico ha resultado acusado por ese hecho* (reunión ilícita). (…) *Tampoco los Sres. Cuixart y Sánchez –que desarrollaron un especial protagonismo en esos encuentros-, han sido acusados de un delito de reunión o manifestación ilícita*" (p. 245).

De hecho, los tweets que emitió Cuixart durante la jornada del 1 de octubre solicitando a la gente proteger los centros de votación tenían como consigna mantener, en todo momento, una actitud pacífica. En concreto, la sentencia cita los siguientes tweets:

"*defender pacíficamente los colegios electorales*" (p. 292), "*mantengamos la calma. Todos culos en tierra. No pasarán todo el mundo que pueda en el IES Balmes de Barcelona*" (p. 393), "*Resistencia pacífica. Todo el que pueda también a la Escuela Ramon Llull de Barcelona*" (p. 393), "*Escola Ramon Llull, BARCELONA. Davant les agressions manos arriba y gritos de Somos gente de paz. Esta es la consigna: resistencia pacífica*" (p. 393), "*avui les urnes es defensen, més que mai i malgrat tot. Fem una crida a l'actitud pacífica en defensa de la democracia*") (p. 394).

Pero, de hecho, la cuestión de la violencia no le importa a la Sentencia en absoluto. Lo relevante para ella –insistiremos después- no es que en esas concentraciones tuvieran lugar actos de violencia física o intimidatoria (más bien parece que alude a una "violencia ambiental", término que le bastó para transformar un ejercicio de derecho de reunión en delito en la STS 161/2015), sino que lo que le interesa es que

"el ámbito legítimo de protesta y de lucha por las propias ideas políticas y sociales quedó desbordado cuando los Sres. Sánchez y Cuixart lideraron el impedimento material de ejecución de decisiones judiciales, cuando abanderaron la derogación de facto –impuesta- de los principios constitucionales, en un determinado territorio y en unas determinadas fechas. Y ese desbordamiento les convierte directamente en responsables de las consecuencias penales que el ordenamiento jurídico asocia a esas conductas de aniquilación del pacto constitucional"[64] (p.242).

Pues bien, al margen de que no es cierto que los Srs. Cuixart y Sànchez lideraran "el impedimento material de ejecución de decisiones judiciales" porque ninguna actuación pública o ejecución de sentencia se imposibilitó ni el día 20 de

[64] Aquí se ve de forma clara que la Sala confunde la regulación actual, que contempla la sedición como un delito contra el orden público, con la anterior a 1995, cuando la sedición era un delito contra la Constitución. Tiene en mente, pues, la "rebelión en pequeño" que constituyó en su día el delito de sedición.

septiembre ni el día 1 de octubre[65] (se afirma en Sentencia, pero no está entre los hechos probados qué es lo que se impidió), lo que se constata es que a la atribución directa de responsabilidad penal se llega sólo bajo la consideración de que los tipos penales (en este caso, la sedición) operan como límites absolutos al ejercicio de los derechos fundamentales, omitiendo la exigencia constitucional de atender, *prima facie*, al contenido de los mismos.

Ya se ha dicho que esta es una exigencia metodológica del Tribunal Constitucional cuando entran en juego derechos fundamentales y sanciones penales. Y también lo es del TEDH, quien precisa que si las sanciones a imponer a unos manifestantes son de naturaleza criminal, requieren una justificación particular (STEDH de 17-XI-2009, caso Rai y Evans c. Reino Unido). Porque una manifestación pacífica –del contenido del derecho de reunión debe partirse- no debería, en principio, quedar sujeta a la amenaza de una sanción penal, y especialmente a la privación de libertad (STEDH de 17-V-2011, caso Akgöl y Göl c. Turquía,y 18-VI-2013, caso Gün y otros v. Turquía).

En la Sentencia, sin embargo, se omite esa justificación específica y ninguna referencia se halla entre los hechos probados a una conducta violenta del Sr. Cuixart, o a que en sus convocatorias a las concentraciones llamara a la violencia –fue todo lo contrario- para poder desligar la misma de un ejercicio legítimo del derecho de reunión. Y el sentido condenatorio de la Sentencia -también se ha insistido- se explica fundamentalmente por entender que los hechos considerados probados incluían un propósito delictivo: impedir la aplicación de las leyes, el legítimo ejercicio de funciones de autoridades o funcionarios, o el cumplimiento de resoluciones judiciales. Es claro, pues, que la pena de prisión se impone por la intencionalidad de la protesta y que el Tribunal Supremo no distingue entre finalidad política (protesta por detenciones, el 20-S; protesta por no dejar celebrar un referéndum, el 1-O) y finalidad delictiva. Y tal intención delictiva se impone a

[65] La concentración del 20 de septiembre ante la Consejería de Economía, que fue comunicada a la autoridad competente por la ANC, tenía por objeto protestar por las entradas y registros que se estaban llevando a cabo y por la judicialización de un conflicto político, no el impedir la diligencia de entrada y registro ni provocar un enfrentamiento con las fuerzas y cuerpos de seguridad. Nadie intentó asaltar la Consejería, ni imposibilitar la actuación de la comitiva judicial, manteniéndose la protesta fuera de la Consejería durante todo el día en un ambiente reivindicativo, pero pacífico y festivo. Por ello, la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona pudo practicar los registros en la Consejería de Economía y Vicepresidencia de acuerdo con el art. 569 LECrim, y salió, posteriormente, custodiando todo el material requisado. El hecho de que existiera una concentración de protesta ante el edificio en que se practicaron los registros, si bien no facilitó la labor policial tampoco la impidió: obstaculizar no significa impedir. Tampoco el día 1 de octubre se impidió la aplicación de ninguna Ley ni la ejecución de ninguna actuación pública. La suspensión de la Ley que daba cobertura al referéndum que pretendía celebrarse le sustraía toda eficacia jurídica, como señala la propia Sentencia en reiteradas ocasiones, por lo que las concentraciones ante los colegios electorales no transformaron en válida una votación que nacía fuera del ámbito de lo jurídico. Los votos emitidos simbólicamente, eso sí, respondían a un 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.

cualquier otra consideración, y por ello es indiferente que hubiese o no un alzamiento, que fuese tumultuario o que tuvieran lugar actos de violencia (ya se ha visto que se recurre a una suerte de "violencia ambiental").

En tales términos, la Sentencia examinada vulnera los artículos 21.1 CE y 11.1 CEDH. Vulneración que se refuerza por el sentido disuasorio de ejercicio de derechos fundamentales que ha tenido la condena (en el sentido de la STEDH de 19-XI-2019, caso Razvozzhayev c. Rusia y Ucrania y Udaltsov c. Rusia). Ciertamente, la severidad de la pena con la que el Sr. Cuixart ha sido condenado ha podido tener un efecto disuasorio inevitable respecto de sus partidarios, así como de la ciudadanía en general, de asistir a manifestaciones y "de participar en un debate político abierto". Y como en el caso del TEDH ahora citado, el efecto de esta sanción "se ha amplificado aún más por el hecho de que está dirigida a una conocida figura pública, y por la amplia cobertura mediática".

Lo anterior conduce a una clara conclusión: la conducta del Sr. Jordi Cuixart estaba amparada por el derecho de reunión que ha resultado lesionado por la respuesta penal que ha merecido su conducta.

7. EL "CONTEXTO" Y LA "MULTITUD" COMO ELEMENTOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN DEL SR. CUIXART

Como hemos visto, a pesar de no darse ninguna de las características materiales que exige, según el art. 544 CP, la sedición (violencia e ilicitud) desde el punto de vista de la concepción material de orden público, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que sus actos deben interpretarse como sedición por "el contexto" en que se daban y por la "clara superioridad numérica" de los manifestantes. Así expresamente la sentencia recurrida establece:

"*El reconocimiento de la desobediencia civil como vehículo histórico para hacer frente a situaciones de tiranía o injusticia -que la Sala no detecta en el análisis de los hechos que conforman el objeto de este proceso penal-, obliga a no prescindir del contexto sociopolítico en el que esa desobediencia es invocada para justificar su potencial legitimidad*" (p. 239).

"*Igual significación penal (sedición) 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 noviolenta 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 sí sola apta e idónea para colmar las exigencias típicas del delito de sedición*" (p. 283).

Es esencialmente el concepto de la pacífica oposición colectiva "*puede deslindarse la sedición*" (p. 281), y por lo tanto se criminaliza en bloque la mera existencia del conflicto colectivo de la ciudadanía desarrollado de forma pacífica:

"*Los contornos del delito de sedición (…) quedan cubiertos 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*" (p. 283).

De hecho, la sentencia recurrida realiza una desnaturalización absoluta de los actos de los acusados y concretamente del Sr. Cuixart. Ya no se trata solo de actuar desde un prisma *contra reo* que está vedado en la jurisdicción criminal, sino que, a falta de hechos que presenten apariencia de criminalidad, se construyen a partir de actos de significación radicalmente contraria. Por ejemplo, el Tribunal Supremo afirma también que las llamadas vía twitter a la paz realizadas por el Sr. Cuixart, por el contexto en que se daban, en realidad deben interpretarse como llamadas a la fuerza o violencia:

"*Baste ahora recordar aquí algunos elementos fácticos que la evidencian* (la condena de Cuixart). *En un tweet, de cuya autoría no reniega, alentó a «defender pacíficamente los colegios electorales». 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*" (pp. 392-393).

En referencia a los tweets «mantengamos la calma. Todos culos en tierra» y el de «resistencia pacífica», la sentencia señala: "*Es obvio que no eran llamamientos para votar sino para hacer «fuerza o resistencia» a la acción policial*" (p. 393).

En referencia al tweet «ante las agresiones manos arriba y gritos de somos gente de paz. Esta es la consigna: resistencia pacífica», la sentencia dice: "*La Sala no alberga dudas acerca de que, aunque se adjetive con la evocación de la paz, la resistencia es resistencia, supone fuerza física e intimidatoria, supone presión*" (p. 393).

"(…) *la eventual disciplina de noviolencia –que también por sí es resistencia, fuerza, y vía de hecho-*" (p. 389).

"*Aquella sentencia* (en referencia a la sentencia del TS de 10 octubre 1980) *advertía que el modo violento no era solamente la agresión física sobre las personas. La expresión «tumultuario» no puede tener otra significación que la de «abierta hostilidad, y adiciona un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser*

física ni entrañar el uso de la fuerza, como expresa la alternativa modal entre ésta o "fuera de las vías legales", pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentadoras, injuriosas, etc." (p. 281).

Afirmar, como hace la sentencia aquí recurrida, que la sedición deriva no de la materialidad de unos hechos que por sí mismos no cumplen los supuestos de violencia ni ilegalidad, sino del contexto en que estos se dan y la cantidad de gente que había, afirmando que no debe darse fuerza física para que exista violencia y que la pacífica oposición colectiva también es violencia, es juzgar el caso desde una concepción no material sino ideal de orden público fundamentado en un sistema axiológico de valores o en el sentir de una comunidad social, la cual cosa es inconstitucional y limita de forma drástica e injustificada el derecho de reunión y manifestación.

De hecho, la sentencia recurrida acaba realizando una confusión evidente de los términos previstos incluso en la redacción típica del delito de sedición confundiendo la *multitud* con el *tumulto.* No es para nada aceptable que la transformación de una conducta colectiva en delito dependa del número de personas que participan en esa actuación y que sea absolutamente independiente de los medios utilizados. Lo que se desprende de forma literal de la sentencia recurrida (p. 283) es que es la actuación *multitudinaria* lo que convierte los hechos en constitutivos de un delito de sedición. ("*Una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes…")* Por lo tanto, y más allá que el tipo penal habla de *tumulto* y no de *multitud*, resulta evidente que hacer recaer la diferencia entre el ejercicio del derecho de reunión y el delito de sedición en su carácter más o menos multitudinario es un criterio que no se puede confrontar con los principios de un estado social y democrático de derecho en el que, evidentemente, la responsabilidad penal no puede depender del número de participantes en una manifestación o acción política concreta.

Además, señalar que, en este contexto, todo llamamiento a la movilización, aunque se pida explícitamente que sea pacífica, es por naturaleza un llamamiento a la fuerza física o violencia y a la ilicitud, implica también negar la posibilidad de que los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 los ciudadanos pudieran ejercer su derecho de conflicto legítimo no violento en el interior del Estado social y democrático de derecho, el cual constituye la base de la democracia en el mismo.

8. ORDEN PÚBLICO Y CONFLICTO PACÍFICO EN EL ESTADO SOCIAL

Como es sabido, el Estado social ha sido teorizado por gran parte de los

constitucionalistas (Constantino Mortati[66], Hugo Sinzheimer[67], Herman Heller[68], Franz Neumann[69], Carlos de Cabo[70], Gonzalo Maestro[71], etc.), como un Estado caracterizado por integrar el conflicto en el interior del espacio constitucional, mediante el reconocimiento de derechos vinculados con la articulación del conflicto social como los de huelga o negociación colectiva. El Estado social pasó a establecer un equilibrio constitucional redistributivo de poder y de instrumentos de autotutela de intereses entre las organizaciones empresariales y los sindicatos, integrando y colocando al conflicto social como elemento central de la democracia en el mismo.

Si bien en la época de la sociedad industrial fordista en la que surge el Estado social, donde el sujeto social por excelencia era el Trabajo, la garantía del conflicto social como base de la democracia exigía proteger aquellos instrumentos de conflicto propios de este sujeto: la huelga, la negociación colectiva, etc. En las sociedades actuales, en las que el sujeto social por excelencia ya no es sólo el movimiento obrero sino una diversidad de sujetos y movimientos sociales diversos, la garantía del conflicto social como base de la democracia exige proteger instrumentos de conflicto propios de éstos: sentadas u ocupación pacíficas del espacio público, acampadas en plazas, manifestaciones, etc.

La necesidad de una permanente adaptación, entre otras por vía interpretativa, de la Constitución del Estado social a un presente político-social cambiante que permita hacer de ella un documento vivo y dinámico no obsoleto, exige hoy que el conflicto social como categoría constitutiva del Estado social del art. 1.1 CE ya no puede entenderse, constitucionalmente, solo como conflicto Capital-Trabajo sino también como conflicto entre la diversidad de nuevos movimientos sociales y el Estado, reconociendo, como premisa para la existencia del principio democrático, la subjetividad política de estos nuevos movimientos y sus instrumentos de conflicto, entre los cuales está la ocupación de espacios públicos, las sentadas pacíficas o el derecho de reunión y manifestación. Como ha señalado el propio Tribunal Constitucional (STC 110/2006 de 3 de abril), el derecho del art. 21 CE es un cauce del principio democrático participativo, con una dimensión fundamental en un Estado social y democrático de Derecho, "siendo, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen los grupos sociales para expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones".

---

[66] C. MORTATI, "Il lavoro nella costituzione", en *Il diritto al lavoro*, Guiffré, Milán, 1954, pp. 149 y ss.
[67] H. SINZHEIMER, "Relacione all'assemblea costituente (2 junio 1919)", en *Laboratorio Weimar*, Lavoro, Roma, 1982, pp. 45-47.
[68] H. HELLER, "El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales", en *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 269-281.
[69] F. NEUMANN, "Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar", en *Il diritto del lavoro fra democracia e dittadura*, Il Mulino, Bolobia, 1983, pp. 121-140.
[70] C. DE CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 75 y ss.
[71] G. MAESTRO, *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2001.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, no cabe expresar que toda resistencia, en un contexto determinado, está, por naturaleza, siempre fuera de la Constitución y la ley. Esto es negar la posibilidad de **conflicto pacífico** que constituye la pieza central constitutiva del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1. CE. Lo que determina, desde una concepción material del orden público, si un conflicto es sedición o no, no es su simple existencia, sino si en él se dan los requisitos materiales de violencia e ilicitud que exige la literalidad del art. 544 CP, ninguno de los cuales concurren en este caso.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, **las protestas, reuniones y manifestaciones públicas han de ser entendidas no como presupuestos de alteración del orden público, sino como expresión de participación ciudadana en la reafirmación o confirmación del orden constitucional.** El concepto de orden público ha de construirse integrado con el ejercicio de los derechos constitucionales y ello obliga a que los tipos penales no pueden configurarse en el sentido de que son los derechos de reunión y manifestación los que deben ceder ante cualquier alteración de la tranquilidad pública, sino que esta ha de adecuarse y adaptarse a la realización de los derechos en una situación de conflicto.

Además, el reconocimiento por este Tribunal Constitucional del principio de aplicabilidad directa del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE (STC 80/1982), implica que la relación entre ciudadanos y justicia, por lo que a este se refiere, ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. El carácter de la Constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho de reunión y manifestación en el marco del Estado social y democrático de derecho.

Por esta razón, sostenemos que la sentencia núm. 459/2019 ha producido una vulneración del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE del condenado, fruto de una inadecuada aplicación del tipo penal sedición del art. 544 CP basada en una concepción ideal y no material de orden público que es inconstitucional.

9. GARANTÍA SOCIAL, APLICABILIDAD DIRECTA Y DESOBEDIENCIA CIVIL EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN

La posibilidad que en el marco de un ordenamiento jurídico perfeccionado y elaborado como el español puedan producirse contradicciones entre legalidad vigente y los derechos fundamentales es algo más que plausible, de hecho el propio sistema constitucional ha previsto para estas situaciones algunos mecanismos

institucionalizados como el recurso de inconstitucionalidad, cuando se trata de normas, o de los distintos recursos y mecanismos jurisdiccionales que culminan con el recurso de amparo cuando se trata de afectaciones a los ciudadanos. Sin embargo, estos procedimientos, como es bien sabido, pueden durar meses e incluso años hasta obtener tutela de este Tribunal Constitucional. Por lo tanto, es perfectamente viable que pueda producirse un conflicto entre el ejercicio de derechos fundamentales y la aplicación de normas en el que no sea posible aplazar su resolución hasta la satisfacción del pertinente mecanismo institucional, dado que la espera a la justiciabilidad del derecho fundamental concreto puede suponer en la práctica su desistimiento definitivo y su ineficacia. Desde esta perspectiva, entendemos que pueden producirse contextos en los que se ejercite el derecho fundamental desde una perspectiva de defensa de este derecho por parte de la ciudadanía, sin intermediario alguno y en su aplicabilidad directa incluso frente a otros sujetos que se hallan amparados por otras formas de derecho ordinario produciéndose **un marco de desobediencia al derecho desde la defensa de un derecho fundamental**. En este esquema el derecho fundamental, como no podía ser de otro modo, asume las notas de legalidad y legitimidad mientras que el acto que se pretende ejecutar por encima del derecho fundamental presenta únicamente carácter de legalidad ordinaria.

Este debate admite múltiples perspectivas. Se puede atender al caso concreto desde la óptica del derecho infringido o desde la óptica del derecho fundamental defendido. Sin embargo, este debate no es para nada baladí dado que la presencia o no de elementos de contradicción con el derecho vigente en el ejercicio de derechos fundamentales sí que puede tener cierta relevancia en la resolución de determinados supuestos. En los razonamientos que siguen, vamos a desarrollar como pueden existir elementos de desobediencia al derecho en el marco del ejercicio de derechos fundamentales siempre que esta desobediencia vaya precisamente dirigida a la protección del ejercicio de dicho derecho fundamental.

En nuestro caso, no nos cabe la menor duda que los hechos del 20 de setiembre de 2017 suponen una mera expresión ordinaria del derecho fundamental de reunión de la ciudadanía, en esa fecha no existía conflicto con precepto legal alguno que se encontrara en contradicción con el ejercicio del derecho fundamental. En cambio, en cuanto a lo acaecido el 1 de octubre es cierto que la actuación de la ciudadanía se produjo en el marco de vigencia de una resolución judicial -dirigida exclusivamente a los poderes públicos- en relación a la votación que había sido convocada para ese día. No obstante, frente a ellos y a su carácter injusto esta misma ciudadanía ejerció el derecho fundamental de reunión, el cual no había sido objeto de suspensión bajo ninguna perspectiva. Desde nuestra humilde posición, entendemos que lo que se materializó fue un contexto muy específico y concreto -que durante el juicio oral se argumentó bajo la institución de la *desobediencia civil*- y que en nuestra comprensión jurídica deberíamos definir como el derecho a

desobedecer el derecho cuando se ejerce directamente un derecho fundamental.

Y así ha sido comprendido por el Pleno de la Sección 3ª de la Audiencia de Barcelona encargada de resolver sobre los recursos de apelación interpuestos en la causa instruida en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Barcelona por los hechos acaecidos el 1 de octubre en los colegios electorales de esta ciudad. Por su especial interés aportamos copia del auto de 22 de julio del 2019, como documento núm. 9, cuyo criterio ha sido reiterado en posteriores resoluciones de la misma sala, en el que precisamente a la hora de analizar el papel de la ciudadanía congregada en los colegios, dicho Auto afirma:

"*los propósitos de los ciudadanos que el 1 de octubre de 2017 acudieron a votar a los colegios electorales en el denominado "referéndum" convocado por el gobierno autónomo de Catalunya, no era el de denigrar el principio de autoridad que ostentaban los agentes de policía, sino el de poner en marcha, como herramienta político social un movimiento de desobediencia o resistencia civil no violenta que impactara en la opinión pública, en busca de un cambio sociopolítico que facilitara la defensa de los fines independentistas provocando a la postre un cambio de la actual legalidad. Y en la medida en que expresaban de tal forma su derecho fundamental a la libertad de expresión, en busca de un impacto, siquiera simbólico en la sociedad y la política española, cabe admitir su tolerancia como forma excepcional de participación política, todo ello en la medida en que entendemos no transgredieron con su modalidad concreta de acción, el orden institucional rebasando sus propios límites, que han de permanecer en el ámbito de la protesta no violenta y el respeto a las instituciones ampliando el horizonte de la participación política en democracia.*"

Este Auto cita a continuación los precedentes establecidos en la jurisprudencia menor de las AAPP y también la del Tribunal Constitucional para sustentar esta interpretación adoptada en materia de derechos fundamentales precisamente en relación a nuestro caso.

El "derecho a desobedecer el derecho" es una institución ciudadana existente desde los inicios del Derecho y que ha adquirido distintas formas a lo largo de la Historia: 1. La forma de tiranicidio en la época medieval; 2. La forma de resistencia en los orígenes del constitucionalismo a finales del s. XVIII inicios del s. XIX; y, 3. La idea contemporánea de la desobediencia como forma de garantía y ejercicio de determinados derechos fundamentales vulnerados por acción u omisión por el Estado, en el marco de las democracias liberales actuales.

1. La desobediencia en la época medieval (el tiranicidio). La idea de desobediencia al poder ilegítimo o injusto bajo la forma de tiranicidio, está ya presente en los autores medievales. Santo Tomás de Aquino escribió:

"El hombre debe obedecer al poder secular sólo en tanto lo exige el orden y la justicia. Por consiguiente, los súbditos pueden desobedecer cuando el poder es ilegítimo o cuando manda cosas injustas, exceptuados algunos casos para evitar el escándalo o algún mal mayor"[72].

Petrarca en su *De Remediis Utriusque Fortunae* hace un análisis exhaustivo de la tiranía haciendo una defensa, aunque discreta, del tiranicidio, dejándolo si ha de plantearse a la decisión de una asamblea de prudentes. Bocaccio en *De casibus virorum illustrium* escribe sobre los tiranos de la antigüedad, critica severamente los malos príncipes que, por su amor al placer y al vicio, se convierten en malos tiranos, y aprueba abiertamente el tiranicidio. Bartole de Sassoferrato en su libro *De Tyrannia*, diferencia entre diversos tipos de gobiernos tiránicos, analizándolos desde un punto de vista jurídico, y defiende también el tiranicidio. Asimismo, Coluccio Salutati, en *De Tiranno*, limita la aplicación del tiranicidio al hecho de sí se está ante un príncipe legítimo o ante un usurpador. Con el primero, señala, es preciso tomar ciertos procedimientos de justicia, en tanto que, con el segundo, aquel que injustamente se apoderó del gobierno, cualquiera puede resistirle individualmente[73].

2. La desobediencia en los orígenes del constitucionalismo (la resistencia). El derecho a la resistencia se encuentra en los orígenes mismos del constitucionalismo. En una época donde el Derecho era derecho natural, la separación entre lo legítimo (derecho natural) y lo legal (voluntad del monarca) hacía de la resistencia o desobediencia al Derecho un instrumento aceptable en términos jurídicos. A nivel teórico, a finales del siglo XVII y de la mano de John Locke en sus *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689), la rebelión contra la autoridad aparece ya como una de las ideas que distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo[74]. Estas ideas resultaron trasladadas luego a las dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la norteamericana y la francesa.

---

[72] T. de AQUINO. *Suma Theológica*. Club de lectores. Buenos Aires. 1944. T. II. p. 104.

[73] Sobre todo esto, ver: C.A. TORRES CARO. *El derecho de resistencia: una aproximación a la defensa de los derechos humanos*. Universidad Complutense de Madrid. 1993.

[74] Locke plantea esta idea como reacción a los escritos de Robert Filmer. Como defensor de la Monarquía Absoluta o del Derecho Divino, Filmer escribió el texto *El Patriarca o el poder natural de los reyes*, con el objeto de combatir a dos "ladrones" que querían crucificar a la monarquía: el Papa y el pueblo. El argumento de Filmer es sencillo: La monarquía es una institución natural, como la familia; así el Rey es un padre. Todo padre puede ser injusto y equivocarse, pero en sus actos prevalece siempre el amor por sus hijos, y por ello éstos le deben obediencia; así es el Rey para con su pueblo y no puede ser tirano. De modo que, concluye Filmer, es falso que el pueblo goce de una libertad natural originaria, puesto que la creación misma comienza con un padre y no con la elección del padre por los hijos. Por tanto, no tiene derecho el pueblo a deponer a los reyes, ni a limitar su gobierno con la ley. El fundamento natural del orden de la sociedad es la obediencia y, si se quiebra, no sobreviene la libertad, sino la guerra civil. El libro, compuesto para defender la prerrogativa de Carlos I de Inglaterra, quien acabó ejecutado en 1649, fue publicado póstumamente en 1680 para defender los derechos dinásticos de Jacobo II (Ver: R. FILMER, *El patriarca o el poder natural de los reyes*, Alianza, Madrid, 2010).

Dentro de las Declaraciones norteamericanas que recogen el derecho de resistencia podemos hacer referencia al tercer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776), la parte inicial de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776), el artículo quinto de la Declaración de derechos de los habitantes del Estado de Pennsylvania (28 de septiembre de 1776), la Declaración de Maryland (11 de noviembre de 1776), el artículo séptimo de la Declaración de derechos de Massachusetts (1780) o el artículo décimo de la Declaración de Derechos inserta en la Constitución de New Hampshire (1784).

El derecho a la resistencia también aparece en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 que en su art. 2 decía: "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". O, en la Constitución francesa de 1793 (art. 33), como instrumento jurídico legítimo de reacción del pueblo frente al abuso de poder.

3. La desobediencia en el marco de las democracias liberales actuales (la garantía social de los derechos). La existencia, desde el s. XX, de elecciones libres periódicas en las democracias liberales ha dejado sin sentido las viejas ideas de desobediencia como tiranicidio o resistencia. En nuestras sociedades, el derecho a desobedecer el derecho adopta la forma de "garantía social", esto es, la desobediencia como forma de garantía y ejercicio directo de determinados derechos fundamentales en casos de "alienación legal" o situaciones donde el carácter injusto e ineficaz del derecho oficial o estatal hace que, esta formulación jurídica concreta, en lugar de garantizar la libertad y los derechos de los ciudadanos, los vulnera.

Esta es una idea planteada, durante las últimas décadas, por múltiples autores como Ralf Dreier[75]. También R. Castiglia presenta una idea similar, señalando que, si bien actualmente la técnica de la resistencia está, en la mayor parte de sus manifestaciones *normatizzada* debe tenerse en cuenta que

«junto a estas formas de resistencia legal, habría otras que podemos denominar legalitarias (legalitarie), que se pueden experimentar con todos los medios que ponen en discusión la legitimidad del funcionamiento del sistema jurídico o de algunas normas de dicho sistema, por cuanto ya no aceptadas consensuadamente e inadecuadas a la realidad del momento actual de la acción. Tales formas de "resistencia" pueden ejercitarse, por ejemplo, mediante la formación de comités de agitación, recogida de firmas, sentadas, etc., o bien en todas aquellas actividades que expresen una consciente voluntad participatoria y que, aunque no

[75] R. DREIER, "Derecho y Moral", en E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y Filosofía,* Alfa, Barcelona, 1985.

normatizzate, no tienen carácter de ilegitimidad"[76].

En el mismo sentido, también recientemente, autores como Luigi Ferrajoli[77] han recuperado la noción de garantía social la cual tiene su primer antecedente en la Constitución francesa de 1793. El art. 23 de la constitución de 1793 establecía "la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y conservación de sus derechos. Esta garantía se apoya en la soberanía nacional". La garantía social actuaba como técnica de tutela de los derechos confiada a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente.

El punto 17.4 de la sentencia recurrida trata la cuestión de "El derecho de desobediencia civil como causa de exclusión de la antijuridicidad". En ella se niega la posibilidad de existencia de una garantía social de los derechos, esto es de un derecho a desobedecer el derecho desde la perspectiva del ejercicio de un derecho fundamental de forma directamente aplicable. La página 236 de la sentencia afirma:

"*… la desobediencia civil, aunque se demuestre sincera y basada en profundas convicciones, es un método de protesta real que no desplaza la sanción. La desobediencia civil, por definición, no es idónea para erigirse en causa de justificación, sin más, de conductas que integran tipos penales. No puede serlo conceptualmente, porque la falta de sanción demostraría que no hay divergencia con la ley, convirtiendo el acto pretendidamente desobediente en un acto de obediencia al derecho"*.

Y en la página 237, continua:

"*Nadie puede arrogarse el monopolio de interpretar qué es lo legitimo, arrojando al ámbito de lo ilegitimo al que no comparta sus ideas sobre la autodeterminación, por más que alegue como justificación la prevalencia del ejercicio del derecho a la desobediencia civil. Los argumentos con los que se pretende justificar esa disidencia no pueden ser utilizados para derrotar al que no piensa igual, ni para imponerse a la legalidad, basándose en la excluyente reivindicación de una legitimidad superior*".

En su sentencia el Tribunal Supremo parte del imperio de la ley como fuente jurídica por excelencia y en exclusividad, y coloca los derechos fundamentales en una posición secundaria, accesoria, prácticamente alternativa, sin interrelación alguna con la legalidad. La identificación entre los conceptos de legitimidad -que en nuestro caso va vinculado al ejercicio de derechos fundamentales constitucionales- y legalidad, unido a la preeminencia de la ley como fuente jurídica por excelencia,

---

[76] R. CASTIGLIA, "Nuove forme di "autonomía" e "resistenza" nel diritto pubblico", en AAVV, *Autonomía e diritto di resistenza*, *Studi Sassaresi,* III, Giuffré, Milán, 1973, p. 447.

[77] L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 944. También la utilizan: V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *El Umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2006.

da lugar a la idea de que todos aquellos comportamientos que se aparten de lo jurídicamente regulado y permitido no sólo no tienen la categoría de "legitimidad" ni de "juridicidad", son *no-legítimos* y *no-jurídicos*, sino que, además, en tanto alguno de estos comportamientos puedan infringir lo establecido, pasan a ser delito, usurpaciones de funciones o sistemas normativos *anti-jurídicos* y por tanto, perseguibles mediante el *ius puniendi* del Estado. Y toda esta valoración se realiza sin analizar que estos mismos comportamientos son, en realidad, meros ejercicios del derecho fundamental de reunión y bajo una perspectiva de protección de un bien jurídico, el *orden público*, que en sí mismo debe ser interpretado como orden que contiene el ejercicio de estos derechos fundamentales. De no ser así y de abrazar una concepción meramente formal de orden público, la noción de legalidad podría quedar absolutamente separada de la de legitimidad democrática.

Sobre esta cuestión, creemos que el posicionamiento del Tribunal Supremo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es contrario a la propia idea de *estado constitucional*, en tanto consideramos:

- En primer lugar, que, en el marco del *estado constitucional*, donde se ubica la Constitución Española de 1978, en el presente caso, el derecho a la **desobediencia civil pacífica y proporcional es una forma de ejercer el derecho fundamental de reunión** que deriva del principio de aplicabilidad directa e inmediata de los derechos de reunión y manifestación (art. 21CE) y de participación (art. 23.1 CE), que es compatible con el ordenamiento constitucional y debe protegerse en tanto que ejercicio de un derecho fundamental.

- Y, en segundo lugar, que el no reconocimiento del derecho a la desobediencia civil, ejercida de manera pacífica y proporcional, conlleva un **vaciamiento y vulneración** de los derechos citados de reunión y manifestación (art. 21CE) y de participación (art. 23.1 CE).

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pudiéndose señalar como momento destacable, el paso, en el siglo XX, del "Estado legislativo de derecho" al "Estado constitucional de derecho". En el "Estado legislativo de derecho", vigente en el siglo XIX, la Constitución determinaba simplemente lo que entonces se consideraban las normas fundamentales del ordenamiento: a) la llamada "forma de Estado"; b) la llamada "forma de gobierno"; y, c) las normas sobre la producción jurídica. Las Constituciones eran textos cortos que se entendían como meramente programáticos y donde se establecían las normas que conferían competencias para que fueran los Poderes del Estado los que emitieran, de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos, las leyes que se constituían en la principal fuente material o sustancial de derecho. En este sistema la fuente principal de producción del derecho era el

Parlamento; el procedimiento de producción del derecho era, fundamentalmente, el procedimiento legislativo parlamentario; y la "ley" como encarnación paradigmática de la voluntad general era el acto normativo supremo e irresistible al que no le era oponible ninguna norma superior cualquiera sea su forma o fundamento.

La aparición del Estado constitucional, después de la Segunda Guerra Mundial, supone una transformación de la Constitución, lo que implica transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes. **La Constitución se convierte en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos**, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares.

Ello se hace efectivo, entre otras medidas, mediante el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales, reconocido por este Tribunal Constitucional. De acuerdo con el art. 9.1 CE y tal como ha expresado este Tribunal, la Constitución es la norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico (STC 9/1981) y ello le da capacidad de vincular a todos los poderes públicos. Esta fuerza vinculante de la Constitución

"no es solo general por lo que hace a sus destinatarios, sino que es también general por lo que hace a su contenido. En efecto, en la Constitución no cabe distinguir entre un contenido preceptivo y un contenido programático: la Constitución vincula toda ella por igual, lo que supone que todos sus preceptos son origen inmediato de derechos y obligaciones, incluidos los principios constitucionales"[78].

Este carácter de la Constitución hace que resulte preceptiva la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales y libertades públicas en ella contenidos. Los derechos de la sección primera no necesitan en ningún caso de ley de desarrollo para ser efectivos. Esta fuerza normativa se deduce del art. 53.2 CE, además de la STC 80/1982, de 20 de diciembre:

"Si es cierto que tal valor (aplicación inmediata) necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3CE, no puede caber duda a propósito de la fuerza vinculante inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38 CE, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero, vinculan a todos los poderes públicos".

[78] P. CRUZ VILLALÓN, "Dos años de jurisprudencia constitucional española", *Revista de Derecho Político*, no. 17, UNED, 1983, p. 30.

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho[79]. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de la Constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley o Código Penal abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda reconocer la legitimidad de la desobediencia de leyes[80] o, en este caso concreto, de resoluciones judiciales.

En resumen, el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales de los arts. 21 y 23.1 CE, permite establecer una clara separación entre derechos y ley, que obliga a los jueces que se encuentren ante casos de desobediencia civil pacífica y proporcional donde el sujeto ejerce un derecho fundamental con el único fin de protegerse de una situación de vulneración de derechos, a considerar el caso como una expresión política legítima que merece un tratamiento que lo diferencie de los actos penales, aplicando la Constitución por encima del Código Penal y no a la inversa, como hace el Tribunal Supremo en la sentencia recurrida.

De hecho, el TEDH viene a reconocer esta misma perspectiva de aplicabilidad directa del art. 11 CEDH en una recientísima sentencia relativa a la sanción de una *flashmob* en Rusia por no haber cumplido con los requisitos administrativos reguladores de los actos en vía pública, es el caso STEDH Obote contra Rusia de 19 de noviembre del 2019, en la que el Tribunal acude directamente al análisis del derecho fundamental sin atender a la normativa interna:

"Bajo la bien establecida jurisprudencia del Tribunal, una situación ilegal, como la permanencia de una manifestación sin la autorización previa, no justifica necesariamente una interferencia en el derecho de libertad de manifestación de un ciudadano. A pesar que las reglas de gestión de una manifestación pública, como el sistema de notificación previa, son esenciales para pulir el funcionamiento de las manifestaciones, desde el momento que permiten a las autoridades minimizar las molestias en el tráfico y tomar otras medidas de seguridad, su aplicación no puede convertirse en un fin en sí mimo. En particular, cuando los manifestantes no participen en actos de violencia es importante que las autoridades públicas demuestren un cierto grado de tolerancia hacia las reuniones pacíficas si la libertad de manifestación garantizada en el artículo 11 del Convenio no quiere verse privada de todo su contenido."

---

[79] NOGUERA FERNÀNDEZ, Albert , "Derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador", *Revista de Derecho Social Latinoamericano*, No. 1, 2016, pp. 99-100

[80] Algunos autores plantean la desobediencia civil como test de constitucionalidad, p.e. ESTÉVEZ ARAUJO *La Constitución como proceso y la desobediencia civil.* Madrid 1994 pág. 143 y ss.

Entender este planteamiento, permite ver que, a diferencia de lo que señala la sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo, la autoejecución del derecho fundamental de reunión incluso si supone desobedecer el derecho en ámbitos extrainstitucionales no equivale, necesariamente, a operar contra el Derecho positivo. El derecho a la desobediencia civil pacífica y proporcional y el Derecho positivo, aunque se presenten recurrentemente como inconciliables, no tienen por qué ser contradictorios. Como ha manifestado Constantino Mortati, el derecho a la desobediencia como función de garantía constitucional no tiene por qué entrar en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico. La desobediencia entra en contradicción con el orden jurídico cuando ésta va dirigida a la subversión del orden, es decir, como poder constituyente, **pero no cuando le damos el sentido de garantía constitucional[81] articulando el control de constitucionalidad con los derechos de participación ciudadana y de reunión y manifestación.**

De acuerdo con lo anterior, no se trata tanto de reconocer en abstracto un derecho a la desobediencia civil, sino que se trata de declarar nuevamente la preeminencia en nuestro ordenamiento de los derechos fundamentales y su capacidad de autoejecución y autoprotección en contextos de contradicción con el derecho vigente. Así consideramos que, en el caso del aquí solicitante de amparo, Sr. Jordi Cuixart, el ejercicio del derecho fundamental de reunión incluso desde un marco de desobediencia civil pacífica y proporcional, como así reconoce que sucedió el propio Tribunal Supremo en su sentencia, debe considerarse como un derecho fundamental derivado del principio de aplicabilidad directa e inmediata de los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE) y participación (art. 23.1 CE). A la vez que su no reconocimiento o negación, como hace la sentencia 459/2019 en su punto 17.4, implica un vaciamiento o restricción de los primeros.

10. CONCLUSIÓN SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN PACÍFICA DEL SR. CUIXART NAVARRO

En las páginas precedentes hemos desarrollado extensa y profusamente el contenido del derecho fundamental de reunión desde todas las perspectivas necesarias y posibles así como su aplicación al caso concreto centrando sobre todo la mirada desde la perspectiva del presidente de Òmnium Cultural, el Sr. Jordi Cuixart, cuya participación en los hechos objeto de enjuiciamiento se circunscribe a la convocatoria de manifestaciones masivas durante los meses de setiembre y octubre del 2017. La sentencia recurrida ahonda su análisis en multitud de elementos institucionales como leyes, intervenciones parlamentarias, decretos y actuaciones policiales que no pertenecen al análisis jurídico propio que demanda el caso del Sr. Jordi Cuixart. Ciertamente, su aportación fáctica como líder de la sociedad civil debe partir en todo momento de la valoración jurídico constitucional y

[81] C. MORTATI, "Principii Fondamentali (art. 1-12)", *Commentario della Costituzione,* a cura de G. BRANCA, Bolonia-Roma, 1975, p. 33.

jurídico penal del despliegue de sus actos en el marco del derecho fundamental de reunión pacífica.

Ya hemos dicho que la sentencia recurrida dedica muy poco espacio a la cuestión nuclear del derecho de reunión, su conceptualización internacional y constitucional, y al concepto de orden público que pretende utilizarse no ya como limitador del derecho sino en nuestro caso como **erradicador total** del mismo. Desde esta parte hemos querido ser especialmente profusos en este debate y hemos apostado por desarrollar argumentos variados y de perspectivas distintas -era imprescindible dada la finalidad de abocar en el recurso de amparo la complejidad del juicio oral y del caso del que emana- que comparten, en todo caso, una premisa común, la vulneración del derecho fundamental de reunión del Sr. Cuixart. No es aspiración de esta parte que este Tribunal Constitucional asuma y comparta todos estos variados argumentos, nos es absolutamente suficiente que comparta como mínimo uno de ellos y que declare la existencia de la vulneración del derecho fundamental de reunión en la forma que ha sido interpretado y aplicado este tan denostado delito de sedición de amarga tradición en la historia española.

Hemos asistido, siempre desde nuestra perspectiva de defensa, a un auténtico *proceso contra el derecho de reunión* construido desde una óptica, contenida en los escritos de acusación, que focalizaba en los actos masivos y pacíficos de la ciudadanía en Catalunya una responsabilidad criminal de la sociedad civil de la que el Sr. Cuixart no es más que la representación procesal en este juicio. El Tribunal Supremo ha condenado a esta sociedad civil y ha eliminado su derecho fundamental de reunión. Por ello resulta imprescindible en este momento la rehabilitación de este derecho fundamental mediante la tutela blindada de este derecho con la estimación del presente motivo de este recurso de amparo.

CUARTO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PENAL (ART. 25 CE Y 7 CEDH)[82]

La sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo califica los hechos probados como constitutivos de un delito de sedición, descrito en el artículo 544 CP. De la configuración de tal delito en el Código Penal vigente podrían denunciarse su claro sesgo autoritario, su uso como instrumento de represión penal de las libertades públicas (básicamente, en el ámbito de los derechos de huelga y de reunión), el carácter sumamente abierto e impreciso de los términos con los que está descrito, en clara contradicción con las exigencias derivadas del principio de taxatividad penal o, desde la perspectiva comparada, el hecho de ser España de los pocos estados democráticos que aun contemplan tal trasnochado delito que necesitaría de una urgente reforma. Siendo estas cuestiones de enorme interés, en este apartado del recurso de amparo nos ceñiremos al análisis constitucional de la concreta subsunción que la STS 459/2019 hace de los hechos encausados en el delito de sedición desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL, PROHIBICIÓN DE INTERPRETACIONES EXTENSIVAS O ANALÓGICAS *IN MALAM PARTEM:* LAS EXIGENCIAS DE TAXATIVIDAD INTERPRETATIVA Y DE PREVISIBILIDAD DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES.

La jurisprudencia constitucional ha ido paulatinamente incorporando al derecho a la legalidad penal todos los elementos que aparecen conjuntados en la expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*. Así, comprende tanto una exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal, la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables y de la analogía *in malam partem*, como un mandato de taxatividad en la descripción y aplicación de los tipos penales (SSTC 75/1984, 101/1988, 127/1990, 177/1992, 372/1993, 6/1994, entre muchas otras).

La exigencia de la taxatividad lo es en relación con la descripción de los tipos penales, cuestión que, como ya se ha dicho, no se abordará aquí; pero también lo es con su determinación a través de una labor exegética por parte del intérprete y aplicador de la norma, quien debe llevarla a cabo siguiendo pautas objetivas, basadas en el principio *in dubio pro libertate* (STC 53/1994), sobre la base de los criterios interpretativos gramatical y teleológico, y alejado tanto de una aplicación analógica, que extiendan la norma penal a hechos que no contempla como de una interpretación extensiva *in malam partem* de las normas penales. Y existirá vulneración del principio de legalidad penal por aplicación analógica o extensiva *in malam partem*

[82] Este capítulo ha sido redactado a partir de las aportaciones del dictamen emitido por los profesores Mercè Barceló Serra (UAB), Guillermo Portilla Contreras (U Jaén) y Javier Mira Benavent (U València).

"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 pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas" (STC 137/1997).

Así, en múltiples ocasiones, el Tribunal Constitucional ha confirmado la lesión de la tipicidad penal por sancionarse un hecho que no cabía entenderlo como comprendido en el tipo penal correspondiente (SSTC 75/1984 (aborto en el extranjero), 159/1986 (apología del terrorismo por publicación de comunicado de ETA, libertad de información), 254/1988 (coacciones en huelga), 111 /1993, 130/1997, 219/1997, 142/1999 (intrusismo de título no académico), 156/1996 (daños imprudentes de escasa cuantía), 232/1997 (exhibicionismo ante mayor de edad), 167/2001 (impedimento de derecho cívico), 154/2002 (testigos de Jehová: homicidio por no convencer al hijo menor de edad de la realización de la transfusión), 196/2002 (delito electoral), 13/2003 (estafa por fraude de subvenciones de baja cuantía), 120/2005 (fraude de ley tributaria como delito fiscal), y 262/2006 (lesiones sin sustento fáctico)), recordando, de este modo, que una de las exigencias del reconocimiento constitucional y legal del principio de legalidad penal es la *lex stricta* y la proscripción de la analogía desfavorable, de la interpretación extensiva y, por ende, de la imprevisibilidad de las condenas por parte de sus destinatarios.

La imprevisibilidad, como consecuencia de una interpretación que no sigue la exigencia de taxatividad es, pues, la puerta de entrada a que pueda llevase a cabo un control constitucional de las operaciones de subsunción de la jurisdicción ordinaria (de forma clara, desde la citada STC 137/1997). De lo que se trata con dicho control es el evitar que las resoluciones judiciales resulten imprevisibles para sus destinatarios, impidiéndoles programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) deriva del art. 7 CEDH el principio de que el derecho penal no puede ser interpretado en perjuicio del acusado a través de la analogía (Caso Coeme y otros c. Bélgica, de 22 de junio de 2000; Caso Baskaya y Okcuoglu c. Turquía, de 6 de septiembre de 2005). Así, cuando el TEDH habla de la necesidad de que el delito debe estar definido con claridad por el Derecho, en realidad también exige que el sujeto debe poder tener la posibilidad de llegar a conocer la norma que prohíbe la conducta realizada y la sanción aplicable, concediéndose un mínimo espacio al error de prohibición (por todos, Caso Kononov v. Letonia, de 17 de de mayo de 2010).

Desde la perspectiva de las exigencias de taxatividad y previsibilidad, en los

términos indicados, la imposición de 9 años de prisión al Sr. Cuixart por un delito de sedición vulnera el principio de legalidad penal: primero, porque para llegar a semejante subsunción la Sentencia recurrida interpreta los términos típicos de la norma aplicada de una manera contraria a su sentido semántico (a); segundo, porque su soporte axiológico en una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, ha conducido a una solución esencialmente opuesta a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios (b); y tercero, porque la argumentación de la Sentencia recurrida es incongruente consigo misma y, por ello, vacía de contenido y criminaliza el ejercicio legítimo de derechos constitucionales (c).

(a) La Sentencia recurrida interpreta los términos típicos de la norma aplicada de una manera contraria a su sentido semántico

Después de rechazar la concurrencia de un delito de rebelión al estimar fundamentalmente que no concurre el grado necesario de violencia para integrar el tipo descrito en el artículo 472 CP, y afirmar que "…la defensa política, individual o colectiva, de cualquiera de los fines enumerados en el art. 472 CP…no es constitutiva de delito", la Sentencia 459/2019 sostiene a continuación lo siguiente: "Pero sí lo es movilizar a la ciudadanía en un alzamiento público y tumultuario que, además, impide la aplicación de las leyes y obstaculiza el cumplimiento de las decisiones judiciales. Esa es la porción de injusto que abarca el art. 544 CP" (pág. 276); para seguidamente concluir "que no podemos, en fin, hacer nuestro un mal entendido principio de insignificancia, que reduzca a la total impunidad comportamientos que, inútiles para las finalidades determinantes del tipo de rebelión, satisfacen las previsiones de otros tipos penales, como en este caso, el delito de sedición" (pág. 276).

En consecuencia, lo que habría que ver a continuación es si, como sostiene la Sentencia, se satisfacen realmente las previsiones legales del tipo de sedición; es decir: si en los hechos probados concurren los **requisitos típicos** relativos a la **conducta** (que consiste en un alzamiento público y tumultuario), **finalidad** perseguida (impedir la aplicación de las leyes, el cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales o el legítimo ejercicio de sus funciones a autoridades, funcionarios públicos o corporaciones oficiales) y **medios comisivos** utilizados para alcanzarla (por la fuerza o fuera de las vías legales). Y es a partir de este momento cuando la argumentación de la Sentencia comienza un modo de interpretar el tipo de sedición que resulta tan extensivo que acaba vulnerando las exigencias constitucionales de taxatividad derivadas del principio de legalidad proclamado en el artículo 25 CE.

En efecto, la Sentencia comienza esta tarea tratando de delimitar el contorno típico de la conducta descrita en el artículo 544 CP, conducta que el tipo penal

caracteriza mediante el uso de los términos **alzamiento** público y **tumultuario**. Y la frontera entre el alzamiento público y tumultuario del delito de sedición y una concentración de protesta se halla, entre otros elementos, en el de la existencia o no de violencia. Si no hay violencia, en principio, hay ejercicio del derecho de reunión. Pero la Sentencia, como ya se ha indicado y se insistirá, es incapaz de relatar situaciones de verdadera violencia generalizada los días 20 de septiembre y 1 de octubre. De ahí que, en la medida en que el art. 544 CP presenta cierta laxitud a la hora de precisar las condiciones del "alzamiento tumultuario" - por la fuerza o fuera de las vías legales-, no dude en calificar de sedición lo que no pasaron de ser, -como se lee en sus fundamentos- "comportamientos hostiles".

Para llegar a este punto, la Sentencia sigue un doble camino: de un lado, rechaza la opinión de aquellos que entienden que la exigencia de violencia en el delito de sedición es inherente al término **alzamiento**, al entender la Sentencia que dichas posiciones "…se apartan del significado gramatical de esta palabra. En las veinticuatro acepciones que el diccionario de la RAE asocia a la voz alzar o alzarse, ninguna de ellas se vincula de modo exclusivo al empleo de violencia. Tampoco respalda esta tesis el significado gramatical del vocablo tumultuario" (pág. 282); y de otro lado, la Sentencia hace suyo un discurso argumental que basado en "…autorizados criterios doctrinales, razonaba que la expresión **tumultuario** no puede tener otra significación que la de abierta hostilidad, y adiciona un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza,…, pero que ha de vivificarse en actitudes intimidatorias, amedrentatorias, injuriosas, etc" (pág. 281).

Consciente de que el **alzamiento** es la fórmula típica común con la que el legislador describe tanto la rebelión como la sedición, y de que si hubiera violencia el alzamiento sería entonces constitutivo de un delito de rebelión, la Sentencia 459/2019 identifica el término **tumultuario** con los términos *hostilidad* u *hostil*. Se busca así una especie de escalón inferior al de los términos *violencia* o *violento* para calificar el **alzamiento**. La calificación del alzamiento **tumultuario** propio del artículo 544 CP con los términos *abierta hostilidad*, términos que a su vez serían equivalentes a actitudes intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas, le proporciona sin embargo una cómoda interpretación de la conducta que, por arriba, le permite alejarse del delito de rebelión (sobre todo al haber rechazado previamente ésta calificación por falta de la violencia necesaria requerida por el tipo del artículo 472 CP); y, por abajo, siguiendo el mismo criterio doctrinal que continua asumiendo la Sentencia, se le allana el camino para deslindar "…la sedición de la pacífica oposición colectiva a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba" (pág. 281). Dicho de manera gráfica: el alzamiento caracterizado por la violencia integraría el supuesto más grave de rebelión, mientras que el mismo alzamiento caracterizado por la hostilidad integraría

el supuesto menos grave de sedición. En ausencia de violencia y de hostilidad nos encontraríamos ya en el ámbito de la protesta o de la pacífica oposición amparada por las leyes. Todo ello, como hemos visto antes, en consonancia con la relación de subsidiariedad que existiría entre ambas figuras delictivas y que permitiría evitar la impunidad de aquellos comportamientos que, sin poder entrar en el tipo de rebelión, satisfarían las previsiones del tipo de sedición.

El argumento, sin embargo, no se puede compartir: si siguiéramos con las mismas definiciones de la RAE que la Sala utiliza, encontraríamos que una de las tres acepciones del término *hostilidad* consiste en una "agresión armada de un pueblo, ejército o grupo" (las otras dos acepciones son "cualidad de hostil" y "acción hostil"). Por consiguiente, si la Sentencia estima por las razones anteriormente expuestas que el término tumultuario (que es como califica el artículo 544 CP a la conducta típica de alzamiento) debe interpretarse como hostilidad o abierta hostilidad (que es el significado que le atribuye al término típico tumultuario el sector doctrinal que hace suyo la Sentencia), entonces ello necesariamente nos conduciría a que el alzamiento propio del tipo de sedición consistiría en una *agresión armada llevada a cabo por un grupo* (que es lo que semántica y literalmente significa *hostilidad*). Es decir: semejante camino interpretativo nos obligaría a considerar que el alzamiento propio de la sedición (armado) resultaría ser incluso más grave que el alzamiento propio de la rebelión (simplemente violento). Y si la propia Sentencia concluye que en los hechos probados no se alcanzó el grado necesario de violencia (que no tuvo en ningún caso carácter armado) que requiere el tipo de rebelión, con mayor razón se debería rechazar la concurrencia del tipo de sedición que es, en principio, un delito menos grave que la rebelión.

Recapitulando, pues: si, según la Sala, el alzamiento ha de ser tumultuario, y "tumultuario" se identifica con "abierta hostilidad", y ello, a su vez, se materializa en actitudes "intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas", las cuales bastarían para integrar el tipo de sedición, tal concatenación hermenéutica comporta una clara interpretación extensiva del tipo, tanto más cuanto éste colinda con un legítimo ejercicio de la protesta, como sucede significadamente con el ejercicio del derecho de huelga o del derecho de reunión o manifestación.

Efectivamente, el carácter hostil, intimidatorio, amedrentatorio o injurioso no puede constituir el criterio para delimitar en contorno típico de determinadas conductas delictivas; al menos respecto de aquellas conductas delictivas que, como el delito de sedición, pueden incidir o interferir en el ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas. Y menos todavía si esos derechos fundamentales o libertades públicas son de participación política o tienen un contenido de protesta, como sucede significadamente con el ejercicio del derecho de huelga o del derecho de reunión o manifestación. Pues interpretar de tal manera este grupo de tipos penales (como el tipo de sedición o el tipo de coacciones a la

huelga) supondría convertirlos en la práctica en un instrumento represivo de las libertades públicas y del derecho de protesta[83].

Así, y por lo que respecta al derecho fundamental de reunión y manifestación, es una forma genuina de ejercer la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, un instrumento para hacer llegar mensajes comunicativos a destinatarios determinados (poderes del Estado, autoridades públicas, partidos políticos, empresas privadas, personas particulares, etc.) o indeterminados (la ciudadanía en general). Y no se trata simplemente de una forma o modalidad más de ejercer la libertad de expresión, forma o modalidad de la que no se derivarían mayores consecuencias; antes al contrario, el Tribunal Constitucional ha resaltado su especial importancia en el seno de una sociedad democrática al advertir que para muchos grupos sociales y políticos el derecho de reunión y manifestación es en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones e influir así en la formación de la opinión pública, razón por la que lo ha llegado a calificar de cauce del principio democrático participativo (en este sentido véanse las SSTC 85/1988 FJ segundo; 66/1995 FJ tercero); 42/2000 FJ segundo; 196/2002 FJ cuarto; 195/2003 FJ tercero; 284/2005 FJ tercero; 90/2006 FJ segundo; 110/2006 FJ tercero; 163/2006 FJ segundo; 301/2006 FJ segundo; 170/2008 FJ tercero; 37/2009 FJ tercero; 38/2009 FJ segundo, entre otras muchas).

Por todo ello, el derecho de reunión integra el núcleo de lo que se conoce como derecho de protesta, especialmente importante en una sociedad materialmente democrática. Y se desarrolla en un ámbito de protesta frente a decisiones institucionales, legislativas, gubernativas o judiciales; pero también en un ámbito de reivindicación en el que el ejercicio del derecho de manifestación constituye un poderoso instrumento de presión para alcanzar las finalidades perseguidas por los manifestantes. Y al igual que ocurre con el ejercicio del derecho de huelga, por ejemplo, el ejercicio del derecho de reunión desemboca en muchas ocasiones en la aparición de un espacio de abierta hostilidad, que se transforma necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas. El enfrentamiento, la reivindicación y la protesta -con frecuencia enérgicas y hostiles- conforman el ámbito del ejercicio del derecho de reunión, que una vez más

[83] En el caso del derecho de huelga, al interpretar un sector de la jurisprudencia española extensivamente los conceptos de violencia e intimidación y extenderlos hasta las actitudes abiertamente hostiles, intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas, ensancha considerablemente el ámbito incriminatorio del tipo de coacciones a la huelga castigado en el artículo 315 CP y reduce correlativamente el ámbito de ejercicio del derecho a la huelga; y a la inversa: interpretar restrictivamente los conceptos de violencia e intimidación, y dejar fuera esas mismas actitudes abiertamente hostiles, intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas, reduce considerablemente el ámbito incriminatorio del tipo de coacciones a la huelga y amplia correlativamente el ámbito de ejercicio del derecho a la huelga. La elección entre un modelo u otro de interpretación posee un sesgo ideológico que resulta obvio, y que debe ser resuelto en todo caso mediante el canon de constitucionalidad fundamentado en el principio *pro libertate* (tal y como ha sostenido de forma reiterada nuestro Tribunal Constitucional).

encuentra su límite en la utilización de la violencia o la intimidación. O, dicho de otro modo: al consistir el ejercicio del derecho de reunión en comportamientos de reivindicación, protesta, resistencia o abierta oposición a decisiones de carácter legislativo, gubernativo o judicial, y desarrollarse además su ejercicio en los espacios de tránsito público, los límites penales a su ejercicio no pueden consistir en comportamientos genéricamente intimidatorios, amedrentatorios o injuriosos.

Por lo tanto, los límites penales al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación deben encontrarse en la utilización de la violencia o intimidación que conforman los medios comisivos de los numerosos tipos penales recogidos bajo la rúbrica de delitos contra el orden público (atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia, desórdenes públicos). En todos estos delitos se requiere el uso de violencia (entendida como violencia física) o intimidación (entendida en el sentido propio del delito de las amenazas castigadas en el artículo 169 CP) en diferentes formas o grados (de lo que depende a su vez en muchas ocasiones, junto con la concurrencia de otras circunstancias, la mayor o menor gravedad de las penas impuestas)[84]. Y el mismo patrón debería seguirse en el delito de sedición castigado en el artículo 544 CP que es, además, precisamente la figura que abre en el Código penal el Título XXII del Libro II; porque no puede ser que el primer y más grave delito contra el orden público pueda existir sólo sobre la base de una conducta llevada a cabo sobre vías de hecho o fuera de las vías legales, es decir, sin violencia o intimidación. El principio de legalidad y el principio de proporcionalidad no permiten semejante interpretación.

Todo ello obliga a realizar una interpretación más exigente del tipo de sedición del artículo 544 CP que sea respetuosa con las exigencias derivadas del respeto a dichos principios que, además, se erigen en límites constitucionales frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. En consecuencia, las conductas descritas en el tenor literal de este precepto consistentes en impedir la aplicación de las leyes o el cumplimiento de funciones, acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, **pero llevadas a cabo sin violencia o intimidación**, deberían resultar atípicas al encontrarse amparadas por el ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación reconocido en el artículo 21 CE, tal como hemos argumentado extensamente en el motivo tercero del presente recurso de amparo.

---

[84] En efecto: intimidación grave, violencia o acometimiento en el caso de atentado y resistencia grave, violencia sobre las personas o sobre las cosas o amenaza en el caso de los desórdenes públicos. Y resulta también que en todos estos tipos delictivos, en los que se requiere violencia o intimidación en sentido propio y en diferentes grados y formas, las penas son en todo caso inferiores (incluidas las asignadas a los diversos y severos tipos agravados contemplados) a las previstas en el artículo 545.1 CP para los responsables del delito de sedición (que son precisamente las que han resultado impuestas al Sr. Cuixart y al resto de los condenados por sedición en la STS 459/2019). Únicamente no se exige violencia o intimidación en los tipos de resistencia no grave y desobediencia del artículo 556 CP, en los que las penas son las de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses al tratarse de un tipo residual que ocupa el rango más bajo dentro de este grupo de delitos.

En consecuencia, la amplitud y la laxitud con la que está redactado el tipo de sedición del artículo 544 CP, al referirse a la posibilidad de cometer el delito "fuera de las vías legales", deben ser corregidas mediante una interpretación restrictiva que atienda al lugar sistemático que ocupa este delito dentro de los delitos contra el orden público castigados en el Código penal. La decisión de la STS 459/2019 de contentarse con el recurso a meras vías de hecho para colmar el delito de sedición supone una grave distorsión de los diferentes juicios de desvalor que realiza el Código penal para graduar la respuesta penal a esta clase de conductas contrarias al orden público. La interpretación realizada por la Sentencia 459/2019 vulnera por esta razón la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad.

El elemento que acompaña al "tumulto" es el "alzamiento". Y aquí, la exigible taxatividad en la función exegética de los elementos del tipo vuelve a estar ausente porque la Sentencia no es capaz de determinar cuándo tuvo lugar dicho alzamiento. En algunos de sus fundamentos parece que se perpetró el día 1 de octubre de 2017. En otros se añade la concentración que tuvo el día 20 de septiembre ante la Consejería de Economía y Vicepresidencia. Y aún, en otros, se refiere a otras concentraciones ciudadanas que tuvieron lugar en Cataluña, durante, antes y después de las referidas fechas.

Esos días, sin embargo, lo que sí hubo fueron concentraciones ciudadanas de protesta: el 20 de septiembre tuvo lugar una reunión pacífica de 40.000 personas ante la Consejería de Economía y Vicepresidencia, en lugar público, y se desarrolló con absoluta normalidad desde la perspectiva del art. 21.1 CE puesto que en ningún momento se produjo una afectación del orden público. El día 1 de octubre las concentraciones se produjeron en lugares cerrados, generalmente escuelas, y en su mayoría transcurrieron de forma pacífica (las que no, la violencia fue mayoritariamente policial), y con este condicionante fueron convocadas. Si por ello mismo estas concentraciones son amparables en el legítimo ejercicio del derecho de reunión, como ha quedado anteriormente explicado, no pueden constituir, a su vez, un alzamiento. Y sin alzamiento no hay delito de sedición.

(b) La Sentencia recurrida hace recaer su soporte axiológico en una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, por lo que conduce a una solución esencialmente opuesta a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios

En cualquier caso, no se pide al Tribunal Constitucional que determine cómo debe interpretarse el delito de sedición, sino que advierta que la subsunción de los hechos en dicho tipo penal, llevada a cabo por la STS 459/2019, no es en modo alguno previsible para quien convoca y participa en una reunión pacífica y sin armas.

Baste recordar algunas de las cuestiones ya tratadas de cómo ha operado dicha subsunción: en primer lugar, la Sentencia no determina cuándo tuvo lugar un alzamiento. En segundo lugar, la Sentencia no puede relatar, entre los hechos probados, actos violentos generalizados. Por ello mismo, para hacer encajar el tipo de sedición en los hechos (y no al revés), recurre a una noción que recuerda a la de la "violencia ambiental" de la STS 161/2015, que entonces le resultó útil para condenar actos de protesta: formación de "grupos de personas aglomerados y compactados", "conglomerados de personas en clara superioridad numérica", "aglomeraciones de personas impermeables a cualquier requerimiento", o "fórmulas de resistencia no violenta", que bien podrían encuadrarse en un ejercicio del derecho de reunión pero que para la Sala suponen, en una interpretación extensiva del art. 544 CP, un "alzamiento tumultuario por la vía de hecho".

Al acogerse a este sorpresivo concepto que substituye al de violencia, no le resulta necesario declarar probado cuándo tuvo lugar un "alzamiento tumultuario" sin el cual no hay delito de sedición. Y, finalmente, la Sentencia tampoco describe, entre los hechos probados, la relación entre el contenido de las protestas y los fines mencionados en el art. 544 CP. Suponiendo que el alzamiento hubiera tenido lugar los días 20 de septiembre y 1 de octubre, no se describe cuándo y cómo se impidió de forma generalizada la aplicación de la ley o el ejercicio de funciones públicas. Recuérdese lo ya indicado: en la Sentencia se argumenta que, en la concentración del 20 de septiembre, a la que no le atribuyen actos de violencia, la movilización impidió que la Guardia Civil pudiera introducir en el edificio a los detenidos y que se cumpliera la orden judicial de registro con plena normalidad. Sin embargo, lo cierto es que no se imposibilitó que la Letrada de la Administración de Justicia realizara todos los registros que tenía encomendados, y en las condiciones señaladas en el art. 569 LECrim. El hecho de que existiera una concentración de protesta ante el edificio en que se practicaron los registros –debe insistirse- si bien no facilitó la labor policial tampoco la impidió. Y el día 1 de octubre tampoco se impidió la aplicación de ninguna ley ni la ejecución de ninguna actuación pública porque, como también se ha indicado, la suspensión de la Ley que daba cobertura al referéndum que pretendía celebrarse le sustraía toda eficacia jurídica, por lo que las concentraciones ante los colegios electorales no transformaron en válida una votación que nacía fuera del ámbito de lo jurídico. Nada, pues, se impidió ese día por parte de la ciudadanía, como sí exige el tipo penal de la sedición.

En definitiva, entender por parte de la Sentencia que un legítimo ejercicio del derecho de reunión (apoyado, además, en las libertades de expresión e ideológica) se trocaba en un alzamiento sedicioso no formaba parte, desde la perspectiva de los arts. 21.1 y 25.1 CE, del elenco de decisiones legítimas que podía tomar. Las llamadas a concentrarse del Sr. Cuixart tenían un fin de protesta política: una protesta en la que se animaba a defender a las instituciones y contra las detenciones

de determinadas autoridades (convocatoria que coincidió con muchas otras, incluida la de la alcaldesa de la ciudad de Barcelona), y que, en modo alguno, impidió los registros ordenados judicialmente (20 de septiembre). Y una protesta (el 1 de octubre) en la que se animaba a la ciudadanía (junto con muchos otros llamamientos) a participar en un acto masivo de expresión de opinión a través de una votación (con efectos suspendidos por el Tribunal Constitucional), cuando la participación (y convocatoria) en un referéndum convocado por autoridad no competente no constituía en ese momento ningún tipo delictivo (desde 2005).

Y no siendo previsible para quien convoca reuniones pacíficas de protesta una condena por sedición, por cuanto está protegido por el derecho fundamental de reunión (pacífica y sin armas, términos en los que se convocó), la subsunción de los hechos descritos, por lo que al Sr. Cuixart se refiere, vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal y por ende, en los términos ya vistos, su derecho de reunión, transformado en un delito de sedición como consecuencia de la interpretación que la Sentencia 459/2019 realiza del tipo descrito en el artículo 544 CP.

(c) La argumentación de la Sentencia recurrida es incongruente consigo misma y, por ello, vacía de contenido y criminaliza el ejercicio legítimo de derechos constitucionales

Todo lo afirmado hasta este momento sería suficiente para otorgar el amparo solicitado por el Sr. Cuixart, al resultar imprevisible para él (y para cualquier otro ciudadano) la conversión del ejercicio legítimo del derecho constitucional a convocar reuniones y manifestaciones pacíficas y sin armas en un delito de sedición; y todo ello provocado por una interpretación del tipo penal de sedición que es contraria a las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad.

Pero es que todavía se pueden añadir más argumentos para fundamentar la vulneración del principio de legalidad en el caso de la condena del Sr. Cuixart. Pues resulta que si se analiza detenidamente la STS 459/2019, y se asume como presupuesto todo lo que se acaba de exponer, se podrá comprobar que la argumentación de la sala sentenciadora es también incongruente, puesto que prescinde incluso de sus propias exigencias a la hora de interpretar el término **alzamiento tumultuario** como equivalente a comportamientos llevados a cabo con abierta hostilidad (que a su vez habrían de materializarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas).

Es cierto que la Sentencia utiliza en algunas ocasiones los términos hostilidad u hostil en los hechos probados (por ejemplo, en las páginas 47 y 48; página 284 ya en los Fundamentos de Derecho) para caracterizar los acontecimientos que tuvieron lugar los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2019, acontecimientos sobre los que pivota precisamente la calificación de sedición. Pero todavía es más cierto que

a la hora de subsumir los citados hechos en el tenor literal del tipo de sedición descrito en el artículo 544 CP se contenta con mucho menos. Ya no hace referencia ni siquiera a la abierta hostilidad con la que momentos antes había caracterizado la conducta de alzamiento, sino que mantiene a la hora de realizar la subsunción de los hechos en el tipo de sedición que

"*los contornos del delito de sedición –otra cosa sería probablemente la violencia que caracteriza a la rebelión- quedan cubiertos cuando del simple requerimiento a quienes permanecían aglomerados y compactados se pasa al necesario intento de anular su oposición. 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…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*" (pág. 283);

y un poco más abajo en la misma página califica el levantamiento no ya como hostil, sino simplemente como un levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica ante el cual "no es posible eludir la tipicidad de la sedición".

La realidad es que la Sentencia 459/2019 describe episodios de mera resistencia pasiva o, como mucho, de mera desobediencia: grupos de personas aglomerados y compactados, conglomerado de personas en clara superioridad numérica, aglomeración de personas impermeables a cualquier requerimiento, levantamiento multitudinario y generalizado; en definitiva, fórmulas de resistencia no violenta que en otro apartado de este recurso ya se ha visto que integran el contenido del derecho fundamental de reunión.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

También vulnera el derecho a la legalidad penal la pena privativa de libertad impuesta de 9 años, al resultar la sanción desproporcionada, tanto desde la perspectiva de la previsión legal que la abarca, como desde el exceso de la efectivamente impuesta.

En efecto, este Tribunal en numerosas Sentencias ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que

la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, FJ 5; 66/1985, FJ 1; 19/1988, FJ 8; 85/1992, FJ 5; 50/1995, FJ 7; 55/1996, FJ 3; 66/1995, FJ 4 y 5). Y como se establece en la STC 136/1999 (FJ 22), en materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). Y la desproporción afectaría, al art. 25.1 C.E. en su relación con la libertad personal (art. 17 C.E.) y con las libertades de reunión y de manifestación (art. 21 CE) en el modo que han sido específicamente argumentadas en el motivo tercero del presente recurso de amparo.

Las penas que acompañan al delito de sedición son, también, **desproporcionadas** en el sentido previsto en el art. 25.1 CE y 49.3 CDFUE, porque el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las mismas, introduciendo sacrificios al derecho de libertad innecesarios. Ello es patente tanto si se atiende a la posición sistemática de este delito en el Código Penal como al derecho comparado.

a) **Desproporcionalidad de las penas del delito de sedición en su posición intrasistémica**.

De acuerdo con el art. 545 CP:

"1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. 2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho".

A diferencia de los Códigos Penales de 1822, 1848-50, 1878, 1932 (donde rebelión y sedición eran delitos contra el orden público), 1944 (donde rebelión y sedición eran delitos contra la seguridad interior del Estado), en el Código Penal de 1995 ambos delitos se separan: la rebelión pasa a ser un delito contra la Constitución, mientras que la sedición ya no es una "rebelión en pequeño" sino un delito autónomo contra el orden público. Sin embargo, aún conserva la sanción correspondiente a un delito contra las instituciones básicas del Estado cuando ya no ostenta ese rango.

La desproporción se comprueba, así, cuando se comparan las sanciones entre los diversos delitos contra el orden público. La pena por el delito de sedición, sin violencia en personas o cosas, es superior a los delitos de atentados, resistencia,

desobediencia, desórdenes públicos mediante actos violentos, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, y organizaciones y grupos criminales. De ese modo, el delito de sedición tiene una pena muy superior a la del delito de agresiones o empleo de la violencia contra una autoridad o sus agentes y funcionarios en el ejercicio de funciones públicas, castigado como máximo hasta 4 años (art. 550 CP); a la resistencia y desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, castigada de 3 meses a 1 año (art. 556 CP); a la alteración de la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, castigada con seis meses a tres años de prisión (557 CP); a causar daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, vías férreas, circulación ferroviaria, penado con uno a cinco años (560 CP); a la tenencia de armas prohibidas, castigada de uno a tres años. (563 CP); a la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización criminal, castigadas con penas de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y de tres a seis años en los demás casos (570 bis CP).

También la pena de la sedición es superior a la de delitos como el intento de entrada en el Congreso con armas para presentar colectivamente una petición a los diputados, castigado con una pena de 3 a 5 años de prisión (art. 495 CP); a la de impedir mediante la fuerza, violencia o intimidación la entrada de un diputado en el Congreso, que le corresponden de 3 a 5 años (art. 498 CP); o a la invasión violenta en el local donde esté reunido el Consejo de Ministros, con penas de 2 a 4 años (art. 503 CP). Tan sólo puede equipararse, en algún caso, con los delitos de organizaciones y grupos terroristas y algunos delitos de terrorismo.

El rigor, pues, de las penas del delito de sedición es a todas luces excesivo porque el bien jurídico protegido por la norma cuestionada –el orden público- es el mismo que el de otros delitos del Título XXII del Código Penal, tan o más graves que el de sedición por su mayor repercusión en la "paz pública", pero que son castigados hasta con penas que suponen una tercera parte de la que recae para el delito de sedición. El art. 545 CP es, en consecuencia, desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, en un examen sistemático comparativo con otros delitos que comparten la protección del mismo bien jurídico.

b.) **Figuras afines a la sedición en derecho comparado y contención drástica de las penas por tratarse de delitos contra el orden o la paz públicos**

En el derecho comparado no existe un precepto semejante a la sedición española, aunque sí se tipifican conductas afines a la sedición - se sancionan supuestos de resistencia colectiva violenta a la autoridad cuyo bien jurídico

lesionado es el orden o la paz públicos- pero con penas ostensiblemente inferiores a las previstas en el Código Penal español.

En **Alemania** se recogen en el Capítulo VII los "Delitos contra el orden público" (*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*) del Código Penal. El parágrafo 125 (*Landfriedensbruch,* violación de la paz) **no sanciona los supuestos en los que no existe violencia o amenaza** y sí a los que intervengan en acciones violentas contra personas o cosas o lleven a cabo amenazas a personas con el ejercicio de la violencia, integrados en una multitud de personas que unen sus fuerzas de manera que se ponga en peligro la seguridad pública o quien influya en una multitud. Tal delito se castiga con tres años o multa. Por su parte, el parágrafo 125a regula el caso particularmente grave de violación de la paz. En este supuesto, la pena puede llegar a ser de prisión de seis meses a diez años cuando se porte un arma de fuego, u otra arma o instrumento peligroso; también cuando, la práctica de la violencia conlleve peligro de muerte o lesiones graves o en casos de saqueos o daños significativos a la propiedad.

En el Código Penal suizo se regulan en el Título Duodécimo los "Delitos contra la paz pública". Se sanciona al partícipe en una manifestación pública que conlleve el uso combinado de la violencia o fuerza contra personas o bienes, que será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa (parágrafo 260).

El Código Penal francés prevé en el Capítulo III los delitos contra la administración pública por parte de particulares (dentro del Título III, "Delitos contra la autoridad del Estado", del Libro IV, "Delitos contra la Nación, el Estado y la Paz pública"). Se sanciona el delito de rebelión (denomina rebelión a lo que el Código penal español califica como sedición pero **exige violencia** en su aplicación y las penas son inferiores) entendido como la resistencia violenta a una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público que actúa, en el ejercicio de sus funciones, para la ejecución de las leyes, órdenes de la autoridad pública, decisiones o mandatos de justicia (433-6). La sanción es de dos años de prisión y una multa de 30.000 euros, aunque la rebelión cometida en una reunión se castiga con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros (433-7). En caso de ser una rebelión armada en reuniones la pena puede llegar a ser de diez años de prisión y una multa de 150.000 euros.

En el Código Penal belga, al igual que en el Código Penal francés, la rebelión contenida en el artículo 269 se identifica con la sedición, **y exige violencia o amenazas** y las penas son menores que en el español, en la medida que se tipifica como un delito contra el orden público cometido por particulares. Así, se define la rebelión como cualquier ataque, cualquier resistencia con violencia o amenazas hacia los funcionarios ministeriales, del país o guardias forestales, los depositarios

o agentes de la fuerza pública, los agentes de recaudación de los impuestos y las contribuciones, los portadores de restricciones, el funcionarios de aduanas, síndicos, funcionarios o agentes de la policía administrativa o judicial que actúen para la ejecución de leyes, órdenes u ordenanzas de la autoridad pública o sentencias (art. 269). De otra parte, si fue cometida por varias personas, y como resultado de un concierto previo, los rebeldes, portadores de armas, serán condenados a prisión de cinco años a diez años, y los demás a prisión de uno a cinco años (art. 272). Y, como delito contra la seguridad interior del Estado, se sanciona la sedición que equivale a la rebelión española (arts. 131 a 134. Reuniones sediciosas).

En el Código Penal italiano (Título II. "De los delitos contra la Administración Pública", Capítulo II. "De los delitos de particulares contra la administración pública") se sanciona el **ejercicio de la violencia o amenaza** contra un funcionario público con prisión de seis meses a cinco años. El castigo es de prisión por hasta tres años, si el delito se dirige a obligar a realizar un acto de su cargo o servicio, o influir en él (336); también se castiga la resistencia violenta o amenazante a un funcionario público con prisión de seis meses a cinco años (337); a su vez es castigado el empleo de violencia o amenaza contra un órgano político, administrativo o judicial o sus componentes individuales con prisión de uno a siete años (338). Las sanciones establecidas en los tres artículos anteriores se agravan si la violencia o la amenaza se cometen con armas, o por varias personas reunidas. Si la violencia o la amenaza es cometida por más de cinco personas reunidas, mediante el uso de armas, incluso solo por una de ellas, o por más de diez personas, incluso sin el uso de armas, la pena es, en los casos previstos por la primera parte del artículo 336 y de los artículos 337 y 338, de encarcelamiento a quince años y, en el caso previsto en el párrafo del artículo 336, de encarcelamiento de dos a ocho años.

En definitiva, puede deducirse sin dificultad que las penas que impone el art. 545 CP para la sedición española son desproporcionadamente superiores a las que por conductas parecidas imponen otros códigos penales de nuestro entorno que, además, exigen **violencia física o psíquica** muy explícita y grave para activar el ilícito penal. Y ningún motivo avala esta desproporción es por todo ello que, la virtualidad para vulnerar derechos fundamentales como el de reunión, según se ha expuesto, la ausencia de la taxatividad y previsibilidad suficiente en la literalidad del tipo y la absoluta desproporción de penes en su comparación intrasistémica y en derecho comparado, nos llevan necesariamente a interesar de este Tribunal Constitucional que a tenor de las previsiones del artículo 55.2 LOTC, eleve la resolución de este recurso de amparo al Pleno con el fin de declarar la inconstitucionalidad del artículo 544 y 545 CP.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y PERSONALIDAD DE LA PENA

La responsabilidad penal es personal e intransferible y es una derivación más del principio de legalidad penal (STC 131/1987, FJ 6). Nadie puede ser hecho responsable de un hecho cometido por otra persona. Este principio de personalidad de la pena coloca al individuo en el centro de toda imputación penal. Por ello, nadie puede ser considerado, en el sistema de responsabilidad penal, como un instrumento para la consecución de determinadas finalidades político-criminales, por muy loables que estas puedan ser desde el punto de vista de las necesidades de la prevención general.

En el presente caso, la condena al Sr. Cuixart va más allá de la responsabilidad que tuvo en los hechos que se le imputan. Convocó, junto con muchos otros, una concentración de protesta (20 de septiembre) y animó a participar en concentraciones en las que se iba a expresar una determinada opción personal sobre el futuro de Cataluña como comunidad política (1 de octubre). Y lo hizo en ejercicio legítimo de su derecho de reunión. En modo alguno organizó, con sus convocatorias, sendos alzamientos tumultuarios y violentos que, de haberse realmente producido (cosa que en la sentencia no queda en modo alguno demostrada) nada tendrían que ver con sus llamadas a concentrarse pacíficamente.

No se trata, evidentemente, de interesar de este Tribunal Constitucional una revisión de legalidad penal ordinaria sobre la cuestión del juicio de autoría. Se trata, simplemente, de advertir que la sentencia no resuelve de forma satisfactoria y respetuosa con el principio de legalidad penal la cuestión de la autoría en una fórmula que sea:

a) **Legal**, esto es, en alguna de las fórmulas previstas en la ley penal a la hora de resolver la autoría de una infracción penal, el principio de legalidad exige la utilización de las categorías previas establecidas sin ningún tipo de analogía *in malam partem.*

b) **Individualizada**, en el sentido que realmente se realice una valoración concreta de la responsabilidad del sujeto condenado que exprese que existe una aportación concreta del mismo en el hecho delictivo, rechazando posibles condenas colectivas o por hechos ajenos.

La sentencia recurrida aborda la cuestión del juicio de autoría en las páginas 297 y siguientes, en escasas cuatro páginas. 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[85].

El acuerdo expreso y precedente adoptado por los coautores. No se explica ni argumenta ese acuerdo ni tampoco se perfila exactamente en qué habría consistido. De hecho, la propia sentencia afirma 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) y por lo tanto difícilmente se puede concluir si, por ejemplo, en el caso del Sr. Jordi Cuixart estamos ante un concierto inicial o de adhesión posterior, nuevamente el Tribunal omite realizar una valoración individualizada de aspectos tan esenciales en un procedimiento con pluralidad de acusados como el presente. Supongamos que ese acuerdo expreso se entiende que es la *hoja de ruta independentista* que aparece mencionada en varios momentos de la sentencia. Entonces existe una triple dificultad:

- Cuál, de todos los documentos posibles, es la hoja de ruta concreta que el tribunal entiende que conforma el acuerdo expreso, porque a diferencia de lo sostenido por el juez instructor y las acusaciones el famoso documento *Enfocats* no aparece mencionado en una sola ocasión en la sentencia.

- Ninguna de las hojas de ruta analizadas, como acepta la propia sentencia a partir de la declaración del president Mas (p. 273) no incluía lo efectivamente sucedido en otoño del 2017.

- El Sr. Jordi Cuixart no participó personalmente en la redacción y aprobación de ninguno de esos acuerdos y por lo tanto debemos entender que su participación en los hechos se deriva de su condición de presidente de Òmnium Cultural, tal como parece derivarse del escrito de acusación, que lo identifica exclusivamente de este modo, y por lo tanto en una suerte de nueva responsabilidad penal *por sucesión* de los anteriores presidentes y representantes de la entidad en un giro absolutamente prohibido y inaudito en derecho penal democrático.

Y es que la sentencia sigue sin explicar cuáles son los criterios que se han seguido para seleccionar los autores por parte de las acusaciones y del propio Tribunal Supremo y porqué son precisamente los acusados por rebelión/sedición todos ellos y solo ellos los que cumplen la función y el papel de coautores del delito que es finalmente objeto de condena.

La aportación en la fase ejecutiva. La sentencia no demuestra la existencia

[85] LLABRÉS FUSTER, Antoni, *Rebelión no, sedición tampoco (a propósito de la STS 459/2919 de 14 de octubre, sobre el procés)* Teoría y derecho núm. 26, 2019.

de ese plan conjunto como tampoco la ejecución conjunta del hecho de la sedición o de una contribución esencial en fase ejecutiva que pudiera entenderse derivada de un supuesto reparto de funciones exigido por la teoría del dominio del hecho en ese marco de coautoría. Ese reparto de funciones puede existir pero lo que no es admisible desde la perspectiva del principio de legalidad es que se pueda considerar posible la absurda situación que se de una sedición y que ninguno de los coautores haya llevado a cabo actos consustanciales al núcleo del tipo (alzarse tumultuariamente). No se trata, en este punto, de plantear una suerte de traspaso de la responsabilidad a la ciudadanía para exculpar a los líderes de la sociedad civil como el Sr. Cuixart, todo lo contrario. Lo que demuestra el silencio de la sentencia recurrida en esta cuestión es que de la misma forma que no se ha imputado a ninguno de los partícipes presentes en los actos de protesta del 20-S y el 1-O, aceptando a meros efectos dialécticos que eso pueda ser considerado un *alzamiento tumultuario,* difícilmente puede imputarse por esos hechos las personas que ni tan solo no estaban presentes en el lugar de los hechos.

La comisión por omisión por no evitar que otros se alcen. De la lectura de la sentencia parece aflorar en el "juicio de autoría" una posible responsabilidad omisiva (p. 298 *in fine*) derivada especialmente de la función del gobierno catalán como garantes de la indemnidad del bien jurídico protegido por el delito de sedición. Esta posibilidad no supera nuevamente un mínimo juicio del principio de legalidad. En nuestro sistema penal el artículo 11 CP encargado de la figura de la comisión del delito mediante la omisión exige para el uso de este tipo de responsabilidad que el tipo penal en cuestión sea un delito de resultado ("*Los delitos que consistan en la producción de un resultado"*). Evidentemente este no es el caso de un delito de mera actividad en general ni de un delito de resultado cortado como se ha configurado el delito de sedición, 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.

En nuestro caso, como sociedad civil, la prohibición de utilizar esta forma de imputación se presenta incluso como más incompatible. La sentencia recurrida para ampliar esta responsabilidad omisiva hasta los líderes de la sociedad civil llega a afirmar que:

"*La ausencia de titularidad de poder público no excluye que particulares puedan contribuir a producir ese mismo riesgo si su comportamiento como dirigentes de movilizaciones sociales coopera en la medida necesaria a la misma lesión de aquel bien jurídico origen de la tipicidad del comportamiento sedicioso."*

La comisión por omisión del art. 11 CP exige una obligación legal o contractual de actuar y por lo tanto no pueden ensancharse las formas comisivas del delito hasta puntos como los establecidos por la sentencia recurrida. Esta posibilidad

es evidentemente contraria al principio de legalidad penal, más allá de la aberración constitucional que supone imputar responsabilidad penal por la convocatoria de movilizaciones pacíficas tal como hemos desarrollado desde otra perspectiva en otros capítulos del presente recurso.

La autoría como forma de inducción a la sedición. Ciertamente el artículo 545 CP castiga en relación a los autores de la sedición los que hubieran *inducido* a la sedición. Esta podría ser la fórmula subliminalmente utilizada por la sentencia recurrida para definir cuál es el modo de autoría *legal* escogido por el Tribunal sentenciador. Sin embargo, la inducción 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. No obstante, 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 supuesto alzamiento tumultuario protagonizado. 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)

Y se de 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, cuando ni la sentencia del Tribunal Supremo extrae ninguna consecuencia hacia estos supuestos miles de *autores* del delito más cuando la Audiencia de Barcelona ha establecido de forma clara que dichos ciudadanos no pueden ser perseguidos en el reconocimiento a su derecho a protestar incluso desobedeciendo las órdenes de los agentes (Auto de la Sección 3ª de 21 de julio de 2019 aportado como documento 9)

Por lo tanto, si no hay *autores* difícilmente puede sostenerse que haya *inductores.* En definitiva, no existe categoría de autoría o participación prevista expresamente en nuestro Código Penal que explique y permita entender la condena desde la perspectiva propuesta. No hay ley penal que la cubra. El Sr. Cuixart, pues, no puede servir de instrumento para alcanzar determinadas finalidades político-criminales de prevención, como la persecución del independentismo o la defensa de la unidad de España, sin vulnerar el principio de personalidad de la pena como una derivación más de su derecho a la legalidad penal.

Por la triple perspectiva planteada en materia de legalidad penal interesamos la declaración de vulneración del derecho fundamental del art. 25 CE y 7 CEDH.

QUINTO- VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5, 6, 7 y 11 CEDH, ESPECIALMENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD (17 CE) EN RELACIÓN CON EL ART. 18 CEDH Y LA LIMITACION DE RESTRICCIONES DE DERECHOS.

El artículo 18 CEDH proclama:

"*Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas."*

Tal como ha sido reconocido por el TEDH (STEDH Gran Sala *Merabishvili c. Georgia,* 72508/13), el art. 18 CEDH no tiene existencia independiente y puede aplicarse únicamente relacionado con otro artículo del Convenio o de sus Protocolos. En aquellos casos en los que la prisión provisional y/o la decisión condenatoria no hayan sido propuestas y adoptadas por las autoridades internas *exclusivamente* para atender a las finalidades propias del proceso penal, esto es, persecución del delito y aseguramiento de pruebas y de presencia del justiciable, dichas medidas pueden ser vulneradoras del artículo 18 CEDH.

Se trata entonces por el Tribunal de determinar si, objetivamente, existen indicios de una finalidad de las medidas distinta de las previstas por el CEDH (STEDH Gran Sala *Merabishvili c. Georgia,* §§ 282-283).

En el desarrollo de su jurisprudencia reciente, el TEDH ha reconocido que unas medidas restrictivas de derechos pueden tener una pluralidad de finalidades. El simple hecho que exista una justificación conforme a uno de los objetivos previstos por el CEDH no excluye una hipotética vulneración del art. 18 CEDH, cuando el caso presente elementos de que exista una **"finalidad escondida"** adicional (STEDH Gran Sala *Merabishvili c. Georgia,* §§ 282-283). En estos casos, el Tribunal tiene que examinar cuál es la finalidad predominante y qué es lo que ha justificado verdaderamente la acción de las autoridades (*ídem,* § 303), una apreciación que depende del conjunto de las circunstancias.

Por ejemplo, en el caso *Goussinski c. Russia* (70276/01), el TEDH ha examinado la situación del expresidente de una empresa de comunicación privada que tenía relación comercial con una empresa monopolística de energías controlada por el Estado. El Sr. *Goussinski* fue acusado de estafa, detenido y encarcelado. Mientras se encontraba detenido, el ministro de la prensa y comunicación le ofreció abandonar los cargos a cambio de su acuerdo con la cesión de sus acciones a la empresa estatal, lo que el acusado aceptó. Unos días más tarde, las acusaciones fueron abandonadas. Según el TEDH, aunque existían elementos suficientes para "convencer un observador objetivo" de que el demandante había cometido un delito

penal, la manera en la que la persecución había gestionado el proceso demostraban que la privación de libertad había sido justificada no por los hechos penales imputados, sino para coaccionar el acusado para que vendiera su empresa. El TEDH en este caso ha reconocido una vulneración del art. 18 CEDH, relacionado con el art. 5 CEDH.

De manera general, cuando se trata de examinar si un procedimiento penal tiene en realidad objetivos políticos, el TEDH examina entre otros los siguientes factores:

- El contexto político amplio en el que los procedimientos penales han sido abiertos contra el demandante;

- La cuestión de saber si la acusación y el poder judicial tenían ellos mismos unos objetivos no declarados;

- La presencia (o ausencia) de indicios que los tribunales no eran suficientemente independientes del Poder ejecutivo;

- La manera en la que el procedimiento penal se ha llevado a cabo;

- La cuestión de saber si las acusaciones presentadas contra el demandante eran reales y se fundaban en "razones plausibles" de acusación de haber cometidos los delitos imputados;

- La cuestión de saber si las acusaciones eran relacionadas con actividades políticas o con delitos comunes.

Esta reflexión ha sido aplicada en particular en el caso *Rashad Hasanov contra Azerbaiyán* STEDH de 7 de junio del 2018, que nos plantea una situación muy parecida a la del Sr. Jordi Cuixart. En aquel caso el TEDH resuelve el supuesto de hecho del encarcelamiento de varios activistas de la sociedad civil. Se trata de miembros destacados del movimiento NIDA, una organización no gubernamental establecida por un grupo de jóvenes en febrero del 2011. Según este manifiesto, NIDA busca la libertad, la justicia, la verdad y el cambio en Azerbaiyán y rechaza la violencia y usa exclusivamente métodos no violentos de lucha. Los demandantes formaban parte de la dirección de NIDA. En enero y mayo de 2013 un número importante de manifestaciones pacíficas tuvieron lugar en Bakú, organizadas por redes sociales. Los demandantes y otros miembros de NIDA participaron en organizarlas y dirigirlas. Fueron detenidos acusados de terrorismo. El TEDH concluye que hubo infracción conjunta del artículo 5 CEDH y del artículo 18 CEDH dado que la prisión provisional fue adoptada para silenciar y castigar a los

demandantes por sus actividades políticas.

En síntesis (apartados 122 y siguientes de la STEDH referida) el tribunal valora:

1) Las declaraciones del Fiscal General planteando abiertamente que las actividades de NIDA, colectivamente, eran actuaciones ilegales para desestabilizar socialmente el país, sin disponer de elementos de prueba.

2) El hecho que los detenidos eran líderes de la sociedad civil.

3) La utilización de cuerpos policiales y tribunales especiales.

4) La existencia de informes de organismos internacionales de derechos humanos que informan de la degradación en materia de derechos humanos especialmente en relación a detenciones de activistas de la sociedad civil.

Y todo ello le lleva a la contundente conclusión:

"*La totalidad de los hechos y circunstancias antes mencionados, valorados conjuntamente con los recientes informes y opiniones realizados por varias instancias internacionales de derechos humanos sobre las medidas excepcionales sobre la sociedad civil del país y los casos particulares de detención de activistas de la sociedad civil, incluyendo los demandantes (ver párrafos 79-81), indica que la finalidad real de las medidas impugnadas era silenciar y castigar los demandantes por su compromiso activo social y político y sus actividades en NIDA."*

Los elementos valorados por el TEDH, en particular los que se mencionan en el caso Rashad Hasanov, son plenamente aplicables al presente supuesto a tenor de las argumentaciones expuestas y por lo tanto podemos afirmar la vulneración del art. 5 y del art. 18 CEDH en la prisión provisional de Jordi Cuixart y de los art. 6, 7 y 11, con el art. 18, en la condena pronunciada por el Tribunal Supremo. A nuestro entender entendemos que esta causa especial 20907/2017 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, incluida la prisión provisional y ahora la condena firme, ha tenido el objetivo de **castigar el Sr. Cuixart y el conjunto de la entidad cultural Òmnium Cultural por su activismo político, social y cultural con el único fin de provocar el fin de las protestas en pro de la independencia y del derecho a la autodeterminación de Catalunya.**

El papel de la Fiscalía General en cuanto a la persecución del independentismo civil es notorio y evidente. Ya el discurso de la Fiscal General del

Estado en la apertura del año judicial en septiembre del 2016[86] estuvo centrado en la crítica al movimiento independentista y planteó el independentismo catalán como un "*peligro para la democracia"*. A partir de aquel momento la fiscalía se caracterizó por una especial dureza en cuanto al independentismo social llegando incluso a dictar instrucciones específicas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para frenar la celebración del referéndum incluso cuando esta cuestión ya se encontraba judicializada en el Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona y en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. El fiscal general Sr. Manuel Maza llegó a ser calificado como el "*azote del independentismo"* por parte del diario conservador y nada afín al independentismo La Vanguardia[87]. Y todo ello hasta el punto que el fichero que contenía el comunicado de prensa que fue remitido a la prensa el día de la presentación de la querella que dio nacimiento a la presente causa especial llevaba por título -expresamente redactado por la fiscalía general- "*más dura será la caída"* en clara referencia a la represión penal que iba a desplegarse a partir de la tramitación del presente procedimiento penal.

Que el Sr. Cuixart es líder de la sociedad civil no solo es notorio, siendo el acusado el presidente de la principal entidad social de Catalunya y, probablemente, de la organización de la sociedad civil más importante de todo el Estado español (180.000 socios en enero 2020). Es además el cargo por el cual es objeto de acusación en este procedimiento que aparece descrito en el escrito de acusación (p. 2) de la fiscalía **sin sus datos personales** únicamente con la referencia "*presidente de Omnium Cultural".* Esta característica fue reconocida también por el Grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias de Naciones Unidas (GTDA) quien constató que Jordi Cuixart es una *"figura pública, reconocida por su trabajo a favor de la independencia de Cataluña, quien se ha desempeñado en cargos en asociaciones (…)*"[88]

La utilización de tribunales excepcionales se acredita en el presente procedimiento en cuanto a la tan referida cuestión de competencia sobre la Audiencia Nacional (primero) y el Tribunal Supremo (después), hurtando el juicio al juez predeterminado por la ley en Catalunya y el derecho a una doble instancia, modificando el criterio anteriormente establecido, juzgando un no aforado en un tribunal exclusivo para aforados y adoptando un criterio especial en relación al delito concreto que era objeto de enjuiciamiento y todo ello con las especiales circunstancias en materia de imparcialidad que han sido desarrolladas en el motivo segundo del presente recurso de amparo.

Sobre la existencia de informes de organismos internacionales, los

---

[86] https://cronicaglobal.elespanol.com/politica/fiscal-general-tilda-desafio-peligro-independentismo-catalan_60714_102.html

[87] https://www.lavanguardia.com/politica/20171119/432991964503/maza-azote-independentismo.html

[88] Opinion del GTDA, 6/2019, 13 de junio de 2019, § 103.

posicionamientos de organizaciones e instituciones internacionales críticos con la detención, la persecución y la condena del Presidente de Òmnium Cultural han sido decenas a lo largo del procedimiento. Mencionaremos entre otros:

- Posicionamiento de la **Organización Mundial contra la Tortura** (OMCT), de 22 noviembre 2018, que califica la detención de Jordi Cuixart como arbitraria, pide su liberación y el abandono de todos los cargos.

- Posicionamientos de **Amnesty International** de 15 de octubre 2018, 16 de octubre 2018 y del 19 de noviembre 2019, que insisten en el carácter injusto y desproporcionado de la prisión provisional, llaman a liberar inmediatamente a Jordi Cuixart y califican la condena por sedición de "amenaza a los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica".

- Posicionamiento de la organización **Front Line Defenders**, de 23 noviembre 2018, que reconoce el presente procedimiento penal como una "*represalia por su trabajo en la protección de derechos civiles y políticos*" y reconoce el Presidente de Omnium Cultural como defensor de derechos humanos.

- Opinión del **Grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias** de Naciones Unidas, de 13 de junio del 2019, reconociendo que las acusaciones penales contra Jordi Cuixart "tuvieron por objeto justificar su detención como resultado del ejercicio de derechos a la libertad de opinión, expresión, asociación, reunión y participación política" por lo que la detención es arbitraria[89].

- Informe del **Relator de la Asamblea Parlamentaria Consejo de Europa sobre la situación de los defensores de derechos humanos** en Estados miembros, de 26 junio 2019 (AS/Jur (2019) 31), quien menciona la detención y el procesamiento de Jordi Cuixart como <u>un caso de represalia contra un defensor de derechos humanos</u> (p. 7, § 29).

(Aportamos copia de estas resoluciones como **<u>documentos 10 a 16</u>)**

Sobre la cuestión de saber si las acusaciones presentadas contra el demandante eran reales y se fundaban en "razones plausibles" para sospechar que había cometido los delitos imputados, el recurrente se remite a la defensa expresada en sus observaciones a lo largo del procedimiento. Cabe también destacar las constataciones del GTDA según el cual no se ha podido atribuir al Presidente de Òmnium Cultural ningún hecho concreto relativo a incidentes o conflictos entre

[89] Opinion del GTDA, 6/2019, 13 de junio de 2019, § 120

manifestantes y policía los días 20 y 21 de setiembre[90] y que el Gobierno "no presentó información sobre acciones concretas de [Jordi Cuixart] que puedan haber involucrado violencia y, por lo tanto, constituir delito conforme al derecho aplicable, incluido el derecho internacional"[91]. Hasta los adversarios políticos del proyecto independentista, como el presidente del Partido Socialista de Catalunya, el Sr. Miquel Iceta, han reconocido públicamente que "el delito de sedición no se ajusta a lo que pasó en Catalunya en 2017"[92].

El capítulo segundo, Sección primera del Título I de la CE establece los derechos fundamentales y libertades públicas. En el constitucionalismo democrático, la Carta de derechos constituye el principal centro de atención del texto constitucional, llegando a ser considerada como el centro axiológico de la Constitución, esto es el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de la Constitución. Como ha señalado este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, todos los poderes, independientemente de la forma y organización que adopten, deben actuar como medio para hacer efectivos los derechos fundamentales y están subordinados a ellos, actuando estos como **límite a su actuación**. La conclusión de esta defensa es que la percepción, por parte de los magistrados del Tribunal Supremo y de otros poderes del estado, de amenaza a la unidad indisoluble de la nación y al *statu quo*, les ha llevado a **actuar desactivando la carta de derechos de la Constitución.**

En resumen, como señaló Norberto Bobbio, mientras en el constitucionalismo liberal la Constitución es un instrumento de garantía de los derechos contra el despotismo, en la concepción hegeliana la Constitución es un instrumento de garantía de la unidad por encima de las personas y sus derechos. Cada uno de estos dos espíritus de la Constitución de 1978 (hegeliano y liberal) no opera, en el interior del texto constitucional, como departamentos estancos, aislados el uno del otro, sino que se influyen y limitan mutuamente. El espíritu hegeliano de la Constitución actúa, en muchas ocasiones, como desactivador de la parte liberal de la Constitución. En el proceso que ha dado lugar a la sentencia 459/2019 del TS, la necesidad por parte de los magistrados de salvaguardar la unidad nacional frente a su amenaza por sujetos políticos percibidos como enemigos de la misma, ha actuado como justificación "legítima" de la vulneración de sus derechos, eliminándose uno de los más importantes límites al poder propio del Constitucionalismo democrático.

En estas condiciones, la falta de razones plausibles y objetivas justificando la condena por un delito de sedición es evidente. Esta imputación solo puede explicarse por este objetivo político del procedimiento. A tenor de lo expuesto, el

---

[90] *Idem*, § 111

[91] *Idem,* § 113.

[92] http://www.rtve.es/noticias/20200207/iceta-afirma-delito-sedicion-no-se-ajusta-paso-cataluna-2017/1999672.shtml

caso del Sr. Jordi Cuixart reúne todos los elementos destacados por el TEDH y podemos afirmar que no solo su prisión provisional es arbitraria y su condena ilegal, por lo tanto, contrarias a los art. 5, 6, 7 y 11 CEDH, sino que además se ha utilizado el procedimiento con un objetivo político, como represalia al ejercicio de derechos. El procedimiento, la detención provisional y la condena tienen entonces como finalidad objetivos que van más allá de la responsabilidad penal individual del propio investigado y, por lo tanto, vulneran también el art. 18 CEDH.

No podemos dejar de lado que, en nuestro caso, el Sr. Jordi Cuixart, acusado, juzgado y condenado como presidente de Òmnium Cultural, es represaliado en tanto que presidente de una entidad cultural que ha seguido realizando sus objetivos, actividades, campañas y todo aquello que su dirección ha considerado adecuado alcanzando cada día más socios y socias, superando en el momento de interponer el presente recurso la cifra de 182.000 y convirtiéndose muy probablemente en una de las entidades culturales sin subvención pública más grandes de Europa.

El profesor Jürgen Habermas, quién fue protagonista junto a otros del informe de la fiscalía en las conclusiones del juicio que acabaron con condena del Sr. Cuixart (paradójicamente, por cierto, porqué su defensa de la sociedad civil y el espacio público político como condiciones necesarias para la plenitud democrática de un estado constitucional son más bien avales a la acción desarrollada por Òmnium Cultural) ha ubicado el carácter central de los derechos fundamentales defendidos en el presente escrito de recurso de amparo y la necesidad de dotarles de contenido, objetivo último de la actuación sometida a valoración de nuestro representado.

"*Sólo a través de esta relación interna entre dignidad humana y derechos humanos se elabora aquella conexión explosiva de la moral al derecho, como el medio con el que se debe emprender la construcción de órdenes políticos más justos. Esta carga moral del derecho es un resultado de las revoluciones constitucionales del siglo XVIII. Quien neutraliza esta tensión renuncia también a una comprensión dinámica, que sensibiliza a los ciudadanos de nuestras propias sociedades, liberales a medias, en favor de un aprovechamiento cada vez más intensivo de los derechos fundamentales existentes y acerca del peligro siempre agudo de un vaciamiento de los derechos de libertad ya garantizados*."[93]

[93] HABERMAS, Jürgen *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos* Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010. Universidad de Granada

CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

I.- Los derechos que se entienden violados son de los protegidos por este Recurso de Amparo Constitucional, según lo dispuesto en el artículo 53(2) de la Constitución y en el artículo 41(1) de la LOTC, pues están recogidos en el artículo 16, 24 y 25 de la Constitución Española.

II.- Mi principal se halla legitimado en esta causa por haber sido parte en el proceso judicial anterior (artículo 46(1.b) LOTC).

III.- Al imputarse la violación constitucional a un acto procedente de un órgano judicial, esta parte ha acreditado:

1º) Que se han agotado todos los recursos utilizables en vía judicial (artículo 44(1.a) LOTC), como se razona en los antecedentes de este escrito.

2º) Que se ha invocado insistentemente los derechos constitucionales violados durante el procedimiento y en la impugnación de la sentencia condenatoria dictada en este procedimiento, en todos los recursos previos interpuestos. (artículo 44(1.c) de la LOTC).

IV.- El recurso de amparo se presenta dentro de los 30 días siguientes al de la fecha en que se notificó a esta representación el Auto de 29 de enero del 2020 (artículo 44(2) LOTC), tomando en consideración el plazo a tenor de las previsiones del artículo 135 LEC según artículo 85.2 LOTC.

V.- Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 49(1) y 85(1) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al haber expuesto con la debida claridad los hechos de esta reclamación, así como su fundamentación jurídica, haberse concretado los derechos violados y establecido claramente cuál es la pretensión formulada en este Recurso.

VI.- Se acompañan los documentos referidos en este escrito en cumplimiento de lo previsto en el artículo 49(2.a, 2.b y 3) de la referida Ley Orgánica, así como tantas copias de la demanda y de los referidos documentos interesados en dicho precepto legal, como partes hay en este procedimiento.

VII.- ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL PRESENTE RECURSO DE AMPARO

El actual art. 50.1 b) LOTC exige que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional.

Concretando este requisito, la **STC 77/2015, de 27 de abril, FJ 1**, dejó clara la necesidad de un "***mínimo esfuerzo argumental exigible*** *para disociar los argumentos dirigidos a evidenciar la existencia de la lesión del derecho fundamental y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional (SSTC 1/2015, de 19 de enero, FJ 2, y 23/2015, de 16 de febrero, FJ 2)" (FJ 1).*

LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE ESTE RECURSO DE AMPARO YA HA SIDO OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DE ESTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS RECURSOS "PREMATUROS"

Este Tribunal Constitucional ha resuelto en relación al Sr. Cuixart dos demandas de amparo constitucional relativas a su derecho fundamental a libertad en el momento en el que articulamos el presente procedimiento. En ambos recursos, además de alegarse el derecho fundamental a la libertad se aducía la vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley impugnándose específicamente la cuestión competencial que se desarrolla ahora como motivo primero de esta demanda. Así tanto en la STC 30/2019 de 28 de febrero como en la STC 62/2019 de 7 de mayo, este Tribunal Constitucional consideró prematura la alegación de vulneración del derecho fundamental, sin embargo, en ambos había admitido a trámite las demandas de amparo, sin restricción alguna, por entender que versaban sobre un problema o faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del tribunal constitucional.

Esta misma trascendencia constitucional fue apreciada para justificar la admisión a trámite de los recursos de la Sra. Forcadell y la Sra. Simó, por un lado, y la Sra. Gabriel y la Sra. Boya, por el otro, recursos todos ellos que versaban exclusivamente sobre la alegación de la vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley en cuanto a la competencia del Tribunal Supremo, recursos que fueron admitidos a trámite y posteriormente inadmitidos por su carácter prematuro en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018 de 12 de diciembre.

CONCURRENCIA DE CUESTIONES SOBRE LAS QUE NO HAY DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Muchas son las cuestiones que se abordan en este recurso de amparo que derivan de la situación extraordinaria en términos jurídicos que se han producido en el tratamiento jurídicopenal del movimiento independentista y concretamente de uno de los líderes de la sociedad civil catalana, el Sr. Jordi Cuixart. Ni la cuestión competencial, que fue rechazada por prematura, ni la posible inconstitucionalidad del delito de sedición (o la delimitación de cuál podría ser una interpretación constitucional del precepto), ni los límites y contenidos del derecho fundamental de reunión en supuestos de manifestaciones masivas y pacíficas como las que han sido objeto de análisis en el presente procedimiento no han sido nunca objeto de análisis de este Tribunal Constitucional.

Que un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo **sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional es motivo de apreciación de trascendencia constitucional** (SSTC 70/2009, de 23 de marzo; 174/2011, de 7 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 160/2014, de 6 de octubre, FJ 1; 77/2015, de 27 de abril, FJ 1; 83/2016, de 28 de abril, FJ 2). No hay duda que en un caso como el presente en el que el desarrollo del presente procedimiento penal ha provocado el pronunciamiento, según consta, de multitud de actores internacionales del ámbito de protección de los derechos humanos, demanda de un especial pronunciamiento de este Tribunal en el caso a fin de interpretar y desarrollar la jurisprudencia constitucional sobre cuestiones en las que hasta hoy este Tribunal no ha podido pronunciarse.

CONCURRENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DERIVADA DE LEY

En el presente recurso de amparo se articula de forma especialmente insistente la problemática derivada de la dificultad interpretativa que generan los artículos 544 y 545 CP que han sido aplicados para imponer una pena privativa de nueve años de prisión al Sr. Jordi Cuixart hasta el punto que interesamos la formulación de este Tribunal de una autocuestión de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse específicamente sobre la adecuación a los valores y derechos contenidos en la Constitución de un delito de tan funesta tradición jurídica en España como es el delito de sedición.

Los motivos tercero y cuarto del presente recurso de amparo son las dos caras de un mismo debate desde la perspectiva del derecho de reunión y del derecho a la legalidad penal planteando los límites de lo que debe ser protegido constitucionalmente y lo que debe ser castigado penalmente. Este es precisamente el debate que subyace en la cuestión interna de inconstitucionalidad interesada y que plantea la concurrencia de otro motivo de trascendencia constitucional como lo es siempre que un recurso plantea que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia **proviene de la ley o de otra disposición de carácter**

general (SSTC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2; y 128/2014, de 21 de julio, FJ 2).

CONCURRENCIA DE CUESTIONES DE EVIDENTE REPERCUSIÓN SOCIAL Y POLÍTICA DE CARÁCTER GENERAL

Debe entenderse que concurre interés constitucional en un recurso de amparo cuando trascienda del caso concreto porque plantee una **cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales** (entre otros numerosos asuntos vid., por ejemplo, la STC 23/2015, de 23 de febrero, FJ 2). Pues bien, dicha circunstancia resulta más que evidente en el presente caso. Estamos ante la impugnación en sede constitucional de un procedimiento que se inició en un momento de máxima tensión política en el conjunto del Estado español, en otoño del 2017, con intervención de los máximos poderes del Estado (el jefe del Estado, en el discurso del 3 de octubre, el Senado por la aplicación del artículo 155 CE el 27 de octubre y el ingreso en prisión de un gobierno legítimo, en noviembre y posteriormente de la presidenta del parlamento). Un desfile de hechos ante los que la sociedad civil internacional ha expresado incesantemente muestras de preocupación por las vulneraciones de derechos humanos que se estaban produciendo, llegando a pronunciarse de forma también reiterada incluso las instituciones internacionales de derechos humanos como el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas.

En las semanas previas a la interposición de la presente demanda de recurso de amparo se ha producido un importante debate en la sociedad catalana en el que incluso un 80% de algunas muestras demoscópicas plantean la solicitud de una ley de amnistía que comprenda, entre otros, los hechos objeto de enjuiciamiento en el procedimiento penal del que deriva el presente recurso de amparo. Como respuesta, incluso el Gobierno central ha planteado públicamente la necesidad de modificar la ley que ha sido aplicada en el presente procedimiento. Todo ello son claros indicios que estamos ante un asunto que presenta un evidente interés político y social.

Por todo lo anteriormente dicho, a este Tribunal Constitucional

SOLICITO: Que habiendo presentado este escrito, con las copias y documentos que se acompañan, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la acreditada representación que ostento, acordar la unión y suficiencia de la designa aportada, y en su día, tras la práctica de los trámites legales establecidos, se sirva finalmente dictar Sentencia por la que otorgue al recurrente el amparo solicitado contra la Sentencia y el Auto recurridos dictados en la causa especial 20907/2017 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha

14 de octubre del 2019 y 29 de enero del 2020 respectivamente, y, en consecuencia

1) Declare la vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 24.2 CE y la nulidad de la Sentencia y Auto mencionados, ordenando las medidas pertinentes para su restablecimiento.

2) Declare la vulneración de los derechos fundamentales previstos en el artículo 21 CE, 25 CE y 17 CE (también en relación al art. 18 CEDH) y la nulidad de la Sentencia y Autos mencionados, ordenando las medidas pertinentes para su restablecimiento.

3) Declare la inconstitucionalidad de los artículos 544 y 545 CP.

<u>OTROSÍ PRIMERO</u>: SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA PENA BASADA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD (ART. 17 CE Y 5 CEDH)

El art. 56. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) dispone que la interposición de un recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados, concretando el art. 56.2 LOTC que podrá acordarse la suspensión cuando su ejecución "produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad". Se establece como limitación a esa facultad que "la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona".

En atención a esta previsión legal, el Tribunal constitucional ha declarado que cuando el amparo constitucional se solicita respecto de resoluciones judiciales firmes, como es el presente caso, en relación a la condena pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la suspensión de su ejecución entraña siempre en sí misma una perturbación de la función jurisdiccional que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), por lo que esta medida cautelar resulta pertinente únicamente cuando la ejecución del fallo cause al solicitante de amparo un perjuicio irreparable, debiendo entenderse por tal aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia sea tardío e impida definitivamente que la restauración sea efectiva. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha dicho que la acreditación del perjuicio es carga del recurrente, quien tiene que justificar o argumentar razonadamente la irreparabilidad del mismo (ATF 94/2015, de 25 de mayo, FJ 1).

Este Tribunal Constitucional ha establecido como criterio general la improcedencia de la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución integra de lo ejecutado, a diferencia de aquellos otros en los que, por afectar a bienes o derechos del recurrente de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, procede acordarla. Esto último sucede en las

condenas a penas privativas de libertad. El Tribunal ha reconocido que "*la libertad constituye un derecho cuya naturaleza convierte el perjuicio irrogado en irreparable, en caso de estimarse el amparo una vez cumplida parcial o totalmente la pena*" (ATF 291/2014, de 1 de diciembre, FJ 3).

De este modo, este Tribunal constitucional ha establecido que en el marco de los recursos de amparo la decisión que se debe adoptar de suspensión de las resoluciones judiciales que imponen penas privativas de libertad constituye un juicio complejo en el que hay que tomar en cuenta los siguientes factores (p.e. ATC 155/2017 de 21 de noviembre que suspendió el ingreso en prisión de los autores convictos del *asalto a Blanquerna*):

i) Gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados en atención al bien jurídico protegido y su trascendencia social;
ii) Duración de la pena impuesta;
iii) Tiempo que reste de cumplimiento de la misma;
iv) Concurrencia de riesgos sobre la efectividad de la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas.

En el caso concreto, teniendo en cuenta la privación de la libertad a la que está sometido el recurrente, la negación de la suspensión de la pena del Sr. Jordi Cuixart le ocasionará de forma evidente al recurrente perjuicios irreparables de una magnitud incontestable a la vista de la prolongación de la privación de libertad que se acordó con carácter provisional pero que en este momento se alarga ya más allá de los **tres años y medio**.

Por lo que atañe la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados, es cierto que la pena pronunciada la hace considerar una pena "grave" según la jurisprudencia aplicada por este Tribunal Constitucional. Sin embargo, no debemos olvidar que una de las discusiones centrales en el presente procedimiento de amparo es la adecuación a la Constitución de los preceptos penales que imponen una pena tan *grave* al recurrente mismo. Dicho de otro modo, es precisamente esta *gravedad* la que es objeto de discusión en el presente recurso de amparo con lo que sería algo perverso jurídicamente que el criterio que se discute mediante este procedimiento sea utilizado como criterio único para justificar la prolongación de libertad del Sr. Jordi Cuixart. No se puede obviar, además, que el carácter totalmente desproporcionado del trato penal impuesto al Presidente de Òmnium Cultural y, en particular, de las penas impuestas, es reconocido internacionalmente y denunciado internacionalmente desde el principio del procedimiento, llegando el GTDA a cualificar la simple detención de "arbitraria" y Amnistía Internacional a reconocer que la pena es "una amenaza para el ejercicio de los derechos fundamentales".

Además, este Tribunal constitucional no puede ignorar la discusión actual,

impulsada por el actual Gobierno español, con el objetivo de revisar el delito de sedición y, por lo menos, rebajar las penas impuestas, lo que impactaría directamente la situación del recurrente. A esta reflexión se acompaña la campaña, que se hace eco de un sentimiento mayoritario en Catalunya y con un respaldo importante a nivel internacional, a favor de la amnistía para los independentistas perseguidos judicialmente, entre los que se encuentra, obviamente, el Sr. Jordi Cuixart.

En relación a la cuestión de la efectividad de la acción de la justicia y la protección de las víctimas, no habiendo ninguna víctima de los hechos imputados al Sr. Jordi Cuixart, no es posible alegar este riesgo o protección a efectos de justificar la no suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Finalmente, y precisamente en relación al elemento valorativo de *efectividad de la acción de la justicia* entendemos que no hay mejor manera de hacer una justicia efectiva que cumplir las recomendaciones y obligaciones internacionales y liberar, de inmediato, el Sr. Jordi Cuixart, procediendo a la suspensión de su pena durante la tramitación del presente recurso de amparo.

OTROSÍ SEGUNDO: AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé en su artículo 55.2 que "*en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala, o en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes".*

A nuestro entender, estamos exactamente ante un supuesto de ley aplicada que lesiona derechos fundamentales. Ciertamente nos encontramos ante una sentencia de un órgano jurisdiccional penal en el que se aplica la ley penal y en el que se deberá generar la reflexión de hasta qué punto la vulneración de derechos fundamentales proviene de la aplicación concreta que hace el Tribunal Supremo en esta causa especial o hasta qué punto la causa profunda de la grave situación que ha permitido este escenario jurídico es atribuible precisamente a la literalidad de la norma que resulta de aplicación según el criterio del Tribunal Supremo.

Nunca, des de su creación, este Tribunal Constitucional ha sido preguntado sobre la adecuación constitucional del delito de sedición. No lo fue en la redacción que tenía el Código Penal de 1973 ni lo ha sido en la redacción dada por el Código Penal de 1995. Ciertamente este Tribunal tuvo ocasión de declarar la constitucionalidad del artículo 222 del CP 1973 referido a la *huelga sediciosa* tal como había sido introducido por el Real Decreto-Ley de 17/1977 de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo en la STC 11/1981 de 8 de abril, que declaró parcialmente inconstitucional ese Real Decreto-Ley. En esta Sentencia se dio una

interpretación referida al tipo penal para descartar su aplicación al derecho de huelga (y de este modo protegerlo de la injerencia penal) y establecer un especial elemento tendencial del delito. Decía entonces este Tribunal:

"Los delitos contra el Estado, al que atacan en cuanto entidad soberana y como estructura de la vida jurídico-política de la sociedad, son, incuestionablemente, delitos cuya producción requiere un dolo específico, que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo no puede ser cuestionada."

Esta respuesta, que supuso la derogación material de ese tipo, era coherente con la ubicación del delito de sedición en el marco de los *Delitos contra la seguridad interior del Estado* según la ordenación del Código de 1973 que no es, como sabemos, extrapolable al Código de 1995 que ha ubicado el delito de sedición en el marco de los *Delitos contra el orden público.*

Según se expone y desarrolla en los **motivos tercero y cuarto** del presente recurso de amparo (páginas 68 a 121), el delito de sedición previsto en los artículos 544 y 545 CP tanto por su perspectiva histórica como por su novedosa aplicación en la sentencia que es objeto de recurso, la primera que se dicta al amparo del Código Penal de 1995, y por lo tanto la primera que llega a esta alzada expresando las consecuencias de su aplicación, lesiona derechos fundamentales, como mínimo el derecho fundamental de reunión del art. 21 CE y de legalidad penal del art. 25 CE con graves consecuencias en el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE. Además, la ausencia de taxatividad y su abierta literalidad permiten, como denunciamos, el uso del delito -y la restricción de derechos fundamentales- de forma injustificada incurriendo en desviación de poder (18 CEDH).

El juicio de constitucionalidad deviene especialmente relevante en los recursos de amparo como impugnación indirecta de la norma. No podemos obviar que precisamente no es lo mismo observar la ley interpretándola en abstracto que en casos concretos en donde, muy probablemente, todas las circunstancias fácticas que en cada uno de esos casos convergen exigen una distinta manera de fiscalizar su contenido. De hecho, en una de las sentencias más referenciales de este Tribunal en la que se ha analizado el canon de proporcionalidad de la ley penal en la aplicación de un tipo penal fue precisamente la STC 136/1999 de 20 de julio. En ella, el propio Tribunal se planteó, una vez resuelta la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, que resolvió positivamente, si era necesaria una cuestión interna de constitucionalidad, posibilidad que entendió que no era procedente porqué en aquel momento estaba ya analizando un precepto legal que había sido superado por la aprobación del Código Penal de 1995.

Con el fin de no reiterarnos, damos por reproducidos los argumentos y la extensa fundamentación ya expuestos a lo largo de la demanda de amparo. En este punto y únicamente a efectos de justificar esta pretensión de afectación *erga omnes* de la sentencia que pueda dictarse por parte de esta Sala, las consideraciones de historia del derecho penal que a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo han hecho en tres artículos distintos tres catedráticos de derecho penal:

"*El delito de sedición es una figura delictiva de largo historial tanto en el ordenamiento jurídico español como en el Derecho comparado. A lo largo de la historia moderna y contemporánea, ha constituido una de las herramientas más importantes de naturaleza jurídico-penal con las que las autoridades se han enfrentado a las protestas sociales. (…) Este origen histórico del delito no es tan solo una curiosidad, sino que debe, en un Estado constitucional de derecho, llevarnos a que nuestra aproximación al delito sea siempre con sospechas y con cautela, puesto que se trata de un* ***instrumento prototípico del derecho penal autoritario****, trasplantado a un ordenamiento que pretende haber dejado de serlo."*[94]

J.M. PAREDES CASTAÑÓN, Universidad de Oviedo

"*Como se ha anticipado, no existen figuras equivalentes al delito de sedición en las legislaciones penales del entorno. (…) En Inglaterra y Gales desapareció esta figura en 2009 y en Escocia en 2010. En Alemania el delito de 'Aufruhr' fue suprimido en la tercera reforma del Código Penal de 1970. (…) Me parece de toda justicia reconocer la necesidad de derogar el delito de sedición."*[95]

J. M. TAMARIT SUMALLA, Universidad de Lleida

"*En los comentarios al Código Penal publicados en 2007 ya sostuve que el delito de sedición debiera pasar a mejor vida. Desde un punto de vista estrictamente normativo este delito adolece de un doble defecto constitucional que convierte en inviable su supervivencia en un Estado democrático de Derecho. En primer lugar, carece de la taxatividad necesaria para cumplir el mandato de certeza que se inserta en el principio de legalidad penal reconocido en el art. 25 CE. (…) Por lo que se refiere a los antecedentes históricos abiertamente autoritarios de esta figura (…) esa es una razón de peso para propugnar su desaparición del Código Penal vigente."*[96]

N. GARCÍA RIVAS, Universidad de Castilla la Mancha

Finalmente, y como argumento último para atraer el interés de este Tribunal Constitucional en la materia y en la necesidad de un pronunciamiento derogatorio

---

[94] *¿La sedición como cajón de sastre? Reflexiones al hilo de la STS 459/2019* El Cronista 82-83 Madrid 2019
[95] *La insoportable gravedad de la respuesta judicial a los "sediciosos"* El Cronista 82-83 Madrid 2019
[96] *Injusta condena por sedición: Un delito anacrónico y derogable* El Cronista 82-83 Madrid 2019

de uno de los *fósiles jurídicos autoritarios* de nuestra ley penal, vamos a señalar que precisamente antes de la entrada en vigor de la Constitución, mediante la ley 46/1977 de 15 de octubre de amnistía se acordó amnistiar a todos los delitos cometidos con intencionalidad política (art. 1.1), para cuya concreción el artículo 2 señaló:

"*En todo caso están comprendidos en la amnistía: a) los delitos de rebelión y* ***sedición****, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión de aquellos…"*

La propia ley, entonces, fue expresiva del uso que este delito ha tenido en la historia del autoritarismo en España, por lo que entendemos que deviene necesario que este Tribunal Constitucional al amparo del artículo 55.2 LOTC analice la constitucionalidad de la norma penal aplicada mediante la autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad, procediendo según los argumentos expuestos a la declaración expresa de inconstitucionalidad de los artículos 544 y 545 CP y por lo tanto la inmediata y **definitiva** expulsión de la *sedición* de nuestro ordenamiento jurídico.

Girona / Centro Penitenciario de Lledoners / Madrid 6 de marzo del 2020

Benet Salellas i Vilar
Letrado ICA Girona 2506

Olivier Peter
Abogado en Ginebra

ÍNDICE DEL RECURSO DE AMPARO

INTRODUCTORIO. LA SITUACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRESENTE CAUSA (3)

PRIMERO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY (24.2 CE Y 6.1 CEDH) (4)

1. *El carácter prefijado de la competencia (4)*
2. *La modificación del criterio previo como indicio de la vulneración del df (5)*
3. *La resolución específica dictada sobre la competencia por parte del Tribunal Supremo: el auto de 27/12/2018 (10)*
4. *Las consideraciones de la sentencia del TS al respecto (13)*
5. *Las consecuencias en materia de derechos fundamentales del cambio de criterio y la decisión sobre competencia (i): ausencia de recurso (14)*
6. *Las consecuencias en materia de derechos fundamentales del cambio de criterio (ii): un juicio que no se puede celebrar en lengua catalana (17)*
7. *Conclusión sobre derecho fundamental al juez predeterminado (41)*

SEGUNDO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL (24.2 CE Y 6 CEDH) (42)

1. Ausencia de imparcialidad objetiva (44)
1.1 La relación de la Sala con el fiscal firmante de la querella (44)
1.2 La relación de la Sala con el Ejecutivo (46)

2. Ausencia de imparcialidad subjetiva (47)
2.1 Las expresiones políticas contenidas en la sentencia (47)
2.2 El tratamiento procesal de la presunción de inocencia (50)
2.3 Las manifestaciones del tribunal sobre los abogados fuera de la Sala (59)
2.4 Las manifestaciones del tribunal sobre los abogados dentro de la Sala (62)
2.5 Las decisiones sobre admisión y práctica de las pruebas (63)

3. Conclusión sobre derecho fundamental al juez independiente e imparcial (65)

TERCERO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN (ART. 21 CE Y 11 CEDH) (68)

1. *El imposible encuentro entre derechos fundamentales y condenas (73)*
2. *El derecho de reunión en la sentencia recurrida del Tribunal Supremo (74)*
3. *El orden público como elemento delimitador (75)*
4. *El bien jurídico de orden público en el sistema constitucional español (78)*

5. *La técnica de ponderación de derechos fundamentales (83)*
6. *La criminalización del ejercicio del derecho de reunión expresamente pacífica (85)*
7. *El "contexto" y la "multitud" como elementos delimitadores del derecho de reunión (89)*
8. *Orden público y conflicto pacífico en el estado social (91)*
9. *Garantía social, aplicabilidad directa y desobediencia civil (93)*
10. *Conclusión sobre el derecho de reunión (102)*

CUARTO. VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL DE LA LEGALIDAD PENAL (ART. 25 CE Y 7 CEDH) (104)

1. *Principio de legalidad penal, prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas in malam partem: taxatividad y previsibilidad (104)*
   a) *Interpretación contraria al sentido semántico (106)*
   b) *Valoración ajena a los criterios del sistema constitucional de derechos fundamentales que convierte la norma en imprevisible (111)*
   c) *Incongruencia de la sentencia que la convierte en criminalizadora de conductas que son propias del derecho fundamental de reunión (113)*

2. *Principio de legalidad penal y proporcionalidad de las penas (114)*
   a) *Desproporcionalidad en su posición intrasistémica (114)*
   b) *Desproporcionalidad en derecho comparado (115)*

3. *Principio de legalidad penal y personalidad de la pena (119)*

QUINTO. VULNERACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE DESVIACIÓN DE PODER (123)

***

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PROCESALES (130)

ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL (131)

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA PENA (134)

SOLICITUD DE AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (136)