

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

, Procuradora de los Tribunales y de los Sres. **ORIO**
JUNQUERAS VIES y **RAÛL ROMEVA RUEDA**, según consta en la **Causa**
Especial 20907/2017 de la **Sala Segunda** del Excmo. Tribunal Supremo, como
mejor en derecho proceda, DIGO:

Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44.1 y concordantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), mediante el presente escrito interpongo RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL contra la Sentencia de la Sala Segunda del Excmo. Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 2019, contra el Auto aclaratorio de 18 de noviembre de 2019, y contra el Auto de la misma Sala de fecha 29 de enero de 2020 que desestima el incidente de nulidad promovido conforme al artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); y ello por la violación de los derechos fundamentales a la igualdad con prohibición de discriminación, la proscripción de tratos inhumanos y degradantes, la libertad ideológica, a la libertad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión, a la reunión, a la participación y representación políticas, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a obtener una resolución fundada en derecho, a la utilización de medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal, reconocidos por los artículos 14, 15, 16.1, 17.1, 17.3, 17.4, 18.1, 18.3, 18.4, 20.1.a), 21.1, 23, 24.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

Pese a su inaplicabilidad directa en el esquema de la protección del amparo constitucional, el presente recurso hará referencia a aquellos derechos fundamentales y humanos recogidos en los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE a fin de que se integren en el debate como criterios hermenéuticos.

En dicho procedimiento judicial han sido parte mis representados, constando en tales actuaciones sus circunstancias personales y siendo su situación actual la de penados cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Lledoners.

La comparecencia e interposición del presente Recurso se produce dentro del término señalado por el artículo 44.2 LOTC, pasando a continuación a exponer los hechos o antecedentes del recurso, los fundamentos jurídicos en que se basa esta demanda y la pretensión que formula esta parte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La causa penal que ha dado lugar a la Sentencia que ahora se recurre se inició mediante querrela del Ministerio Fiscal presentada contra mis mandantes y otros miembros del Govern de la Generalitat de Catalunya ante la Audiencia Nacional, que asumió la competencia para la investigación de hechos que se calificaban indiciariamente de rebelión, malversación de caudales públicos y desobediencia a la autoridad judicial.

El Juzgado Central de Instrucción nº3 incoó procedimiento de investigación y el día 2 de noviembre de 2017 dictó medida cautelar de prisión provisional frente a todos los querrelados.

SEGUNDO. - La causa fue acumulada al procedimiento Causa Especial 20907/2017 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, tramitándose hasta la fase plenaria y el dictado de la Sentencia de 14 de octubre de 2019 por la que se imponía a mis mandantes la pena de prisión de 13 años y de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (respecto del Sr. Oriol Junqueras) y la de 12 años de prisión y de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (respecto del Sr. Raül Romeva). Dicha Sentencia les considera culpables del delito de sedición y de malversación de caudales públicos.

TERCERO. - Por esta parte se interpuso en tiempo y forma contra la Sentencia definitiva incidente de nulidad invocando la vulneración de derechos fundamentales, incidente que fue desestimado por Auto de 29 de enero de 2020, notificado el mismo día.

Contra la inadmisión del incidente de nulidad no cabe recurso alguno (artículo 241.1.III LOPJ). Dicho incidente formaba parte del necesario agotamiento previo de la vía judicial ordinaria en los términos descritos por la más moderna jurisprudencia constitucional al tratarse la Sentencia recurrida de una decisión dictada en instancia penal única y haberse producido o cristalizar en dicha resolución las vulneraciones de derechos fundamentales que ahora se describirán.

Es por todo ello antes de que transcurran los treinta días de plazo conferidos legalmente desde dicha fecha, se interpone este recurso de amparo.

CUARTO. - Se acompañan como documentos poderes para pleitos otorgados por mis mandantes para la interposición del presente recurso, copia de las resoluciones recurridas, así como certificación de la notificación de la última resolución.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

La necesidad de justificar la especial trascendencia constitucional de la demanda planteada proviene de la exigencia del vigente artículo 49.1 LOTC sin que ello signifique que puedan objetivarse o estandarizarse dichos criterios de trascendencia que quedan en última instancia a merced de la opinión de este Excmo. Tribunal.

El caso que nos ocupa describe no sólo un escenario en el que no existe doctrina consolidada de este Excmo. Tribunal sobre el caso concreto estudiado, sino que, lo que resulta más importante, plantea un conflicto de trascendencia excepcional por razón de la discusión jurídica debatida y la repercusión del pronunciamiento sobre cuestiones de relevancia social y política evidentes, repercusión que se prevé funesta para el sistema de derechos y libertades establecido en la Constitución si la resolución combatida no resulta anulada o cuestionada seriamente en esta jurisdicción constitucional.

La Sentencia, a juicio de esta parte, constituye un singular ataque al sistema democrático, un ejemplo de limitación injustificada del más amplio catálogo de

derechos imaginable, que desenfoca la separación de poderes y presenta al sistema penal como herramienta idónea para la resolución de conflictos políticos, quedando la *ultima ratio* en el olvido.

La Sentencia se aparta de los principios del derecho penal democrático asumidos en los estados de nuestro entorno más próximo y, detrás de una formalista promoción de derechos fundamentales, propone una visión desincentivadora del ejercicio de dichos derechos en perjuicio no sólo de quienes han sido condenados, sino de toda la ciudadanía en su conjunto.

Los criterios que analiza la STC 155/2009 resultan útiles para el análisis que proponemos.¹

En primer lugar, se trata de un supuesto de hecho del que **no existe doctrina consolidada** de este Excmo. Tribunal, con vulneraciones que **provienen de la misma ley** y que permitirán al Tribunal **aclarar o cambiar** su doctrina.

Ello sucede en todo lo relativo al principio de legalidad y al cuestionamiento de la previsibilidad, taxatividad y proporcionalidad del tipo penal de sedición, del que existen tan escasos pronunciamientos previos, ninguno de los cuales ofrece analogía con el supuesto estudiado.

Resulta también trascendental todo lo relativo al alcance de las garantías y prerrogativas de los representantes políticos reguladas en los Estatutos de

¹ En dicha STC 155/2009 de 25 de junio (FJ2) se hace referencia a los siguientes criterios relacionados con la trascendencia constitucional: a) el de 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 (...); b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna (...) o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales.

Autonomía, los Reglamentos de las Cortes o del Parlamento Europeo, con especial incidencia en el valor democrático de la separación de poderes.

Asimismo, aparecen importantes temas relacionados con la necesidad de controlar y limitar la figura de la “acción popular” dirigida por partidos políticos, o valorar el cuestionado sistema de elección de magistrados en altas instancias de la judicatura española y que ha ocasionado críticas desde el Consejo de Europa, o de suplir la falta de regulación y desarrollo jurisprudencial sobre la discriminación por motivos políticos y la protección de la disidencia política.

El caso en su globalidad plantea también la discusión de la aplicación, o falta de aplicación directa, de **jurisprudencia europea, internacional y de derechos humanos** por parte de los tribunales españoles y que garantiza el 10.2 CE.

Todas las cuestiones expuestas y que se suscitan en el presente recurso de amparo permitirán a este Excmo. Tribunal perfilar y aclarar conceptos constitucionales, adaptarse a las nuevas realidades sociales y estándares internacionales, así como cambiar o corregir su doctrina si considera que las vulneraciones provienen de la misma ley o de otra disposición de carácter general, o simplemente apartarse de la misma por ser lesiva de derechos fundamentales y así contribuir a “determinar el contenido y alcance” de los mismos.

La tramitación de las actuaciones, analizada bajo los principios y garantías procesales, pone de manifiesto la existencia de **defectos estructurales y de configuración legal** que dan lugar a una grave conculcación de derechos fundamentales. Por un lado, vicios procedimentales atentatorios contra el derecho al debido proceso desde la fase de investigación. Por otro lado, la violación del derecho al juez predeterminado por la ley, a la prohibición de investigaciones prospectivas e ilimitadas, a obtener una motivación de las decisiones judiciales incluida la relativa a la libertad, derecho a la independencia judicial, a la práctica de la prueba y a la contradicción e igualdad de armas, derecho a una preparación adecuada de la defensa, así como a una doble instancia penal que garantice a los acusados los mecanismos para denunciar y recibir resolución sobre todas las cuestiones anteriores.

El Tribunal habrá de afrontar la desaparición de criterios de proporcionalidad en todo aquello afectante a la libertad de mis representados, fruto de la severidad de las acusaciones y las penas, tanto respecto de la medida de restricción impuesta de forma cautelar como por el cumplimiento de la sentencia.

Finalmente, la Sentencia limita de forma incompatible con un sistema democrático aquellas más fundamentales libertades públicas, tanto individuales como colectivas, así el derecho a expresar públicamente una ideología sin ser discriminado, a poder organizarse para manifestar y promover unas ideas de modo pacífico, entre otros. Todos estos derechos si bien se desarrollan ampliamente por la doctrina constitucional, justifican un pronunciamiento tanto para corregir el perjuicio a los mismos como para controlar la adecuación de la actual doctrina constitucional a los mecanismos internacionales.

Des del punto de vista jurídico, por tanto, el caso plantea un conflicto de amplia y excepcional trascendencia por razón de las cuestiones que plantea, afectando a principios rectores y de configuración de leyes básicas de nuestro sistema constitucional y de derecho. Y es indudable también la amplia **repercusión social y consecuencias políticas generales** del recurso y del pronunciamiento derivado del mismo, pues la denuncia de derechos fundamentales ha trascendido de la presente causa y generado extenso debate a nivel nacional e internacional.

Esta parte ofrece a este Excmo. Tribunal razones poderosas para aprovechar la oportunidad que la jurisdicción constitucional proporciona para sanar los graves defectos apreciados en el proceso judicial previo y la Sentencia recurrida.

Actuamos en la confianza que este Excmo. Tribunal podrá determinar, con la revocación de la resolución condenatoria, la prevalencia de los estándares constitucionales, alienados con la definición internacionalmente consensuada de los derechos humanos.

De ello depende la suerte de los ciudadanos que han sido indebidamente condenados, pero también la de aquellos que reclaman un escrupuloso respeto al patrimonio que constituyen los derechos fundamentales, que somos todos.

SEGUNDO. – TABLA DE CONTENIDOS

El presente recurso se estructurará en bloques temáticos vinculados a categorías de derechos fundamentales, todos ellos tratados durante la tramitación del proceso, la fase de enjuiciamiento y la de impugnación previa de la Sentencia. Dichos apartados son los siguientes:

1. Trascendencia constitucional (página 3)
2. Tabla de contenidos (7)
3. Límites a la jurisdicción (8)
 - 3.1. Inmunidad europea (8)
 - 3.2. Inviolabilidad parlamentaria (17)
 - 3.3. Inmunidad de diputados y senadores (22)
4. Legalidad penal (28)
 - 4.1. Falta de taxatividad del delito de sedición (30)
 - 4.2. Imprevisibilidad en la interpretación de la ley (34)
 - 4.3. Destipificación del delito de referéndum (47)
 - 4.4. Proporcionalidad (49)
5. Derechos civiles y políticos (55)
 - 5.1. Reunión y manifestación (61)
 - 5.2. Libertad de expresión (79)
 - 5.3. Libertad ideológica (89)
 - 5.4. Participación y representación política (94)
6. Proceso con todas las garantías y juicio justo (109)
 - 6.1. Juez predeterminado por la ley (112)
 - 6.2. Juez independiente (124)
 - 6.3. Juez imparcial (130)
 - 6.4. Ruptura continencia de la causa y multiplicidad de procedimientos (138)
 - 6.5. Causa prospectiva (158)
 - 6.6. Vulneraciones de derechos durante la instrucción del procedimiento (173)
 - 6.7. Vulneraciones producidas en procedimientos vinculados (177)
 - 6.8. Denegación de medios de prueba (179)
 - 6.9. Desarrollo del juicio oral y tratamiento de la prueba (194)
 - 6.10. Prueba ilegal (204)
 - 6.11. Presunción de inocencia (206)

- 6.12. Presunción de inocencia y sedición (228)
- 6.13. Presunción de inocencia y malversación (234)
- 6.14. Presunción de inocencia extraprocesal (244)
- 6.15. Falta de motivación de la pena (249)
- 6.16. Principio acusatorio (251)
- 6.17. Derecho a la segunda instancia penal (257)
- 7. Derecho a la libertad personal (261)
 - 7.1. Prisión arbitraria (261)
 - 7.2. Derecho a participar en el juicio en libertad (270)
 - 7.3. Derecho a una rápida y efectiva revisión judicial de la detención (273)
 - 7.4. Inmunidad y libertad (276)
- 8. Pretensión que se formula (283)
- 9. Procedencia y presupuestos procesales del recurso (284)
 - Otrosí digo primero: Reenvío prejudicial (285)
 - Otrosí digo segundo: Suspensión de efectos de la Sentencia (287)

TERCERO. - LÍMITES A LA JURISDICCIÓN

3.1 INMUNIDAD EUROPEA

El artículo 6.1 CEDH (y en términos constitucionales el artículo 24 CE), al tratar sobre el derecho de acceso a la jurisdicción, contempla también aquellas limitaciones o **restricciones a dicho acceso** que determinan, en ocasiones, la imposibilidad del Estado de perseguir una determinada infracción. Una de dichas limitaciones, vinculada con el principio de protección de las instituciones políticas representativas, es la de la inmunidad, que se aplica concretamente a los miembros del Parlamento Europeo de conformidad con el derecho de la Unión y halla conexiones con los derechos de los artículos 23 CE y 3/P1 CEDH.

La inmunidad parlamentaria, como limitación de las posibilidades de perseguir al representante político electo, puede aparecer antes o durante el procedimiento judicial y determina la interrupción de cualquier acción judicial en curso y de cualquier trámite del procedimiento, independientemente de la fase en la que éste se encuentre.

Consta en las actuaciones que se planteó cuestión prejudicial europea relacionada con la **configuración legal de la inmunidad de los europarlamentarios** y ello impedía, a juicio de esta parte, el dictado de la Sentencia, que ahora deviene nula.

A) ANTECEDENTES DE HECHO

El Sr. Oriol Junqueras Vies adquirió la condición de miembro del Parlamento Europeo en las elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019 desde su proclamación como electo el día 13 de junio de 2019. En fecha 5 de junio de 2019 había solicitado la concesión de un permiso extraordinario de salida para cumplimentar los trámites iniciales destinados a asistir a la primera sesión del Parlamento Europeo prevista para el día 2 de julio de 2019. Dicho permiso fue denegado por el TS y ante tal denegación, en fecha 16 de junio de 2019 esta defensa formuló recurso de súplica alegando la inmunidad parlamentaria, hecho que **suscitó cuestión prejudicial** respecto del alcance de la garantía de inmunidad del Sr. Junqueras como europarlamentario.

Por Auto de 1 de julio de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Supremo formuló ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tres cuestiones prejudiciales relativas todas ellas al artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea (PPI), suspendiendo la resolución del recurso de súplica formulado.

El TS decidió remitir las siguientes preguntas al TJUE:

Cuestión 1ª: *El artículo 9 del Protocolo nº 7 sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, ¿rige antes del inicio del “período de sesiones” para un acusado por delitos graves en situación de prisión provisional, acordada judicialmente por hechos anteriores al inicio de un proceso electoral, en el que aquél ha resultado proclamado electo al Parlamento Europeo, pero que ha sido privado por decisión judicial de un permiso penitenciario extraordinario que le permitiera cumplimentar los requisitos establecidos por la legislación electoral interna a la que remite el artículo 8 del Acta, relativa a la Elección de los Diputados al Parlamento Europeo por Sufragio Universal Directo?*

Cuestión 2ª: *En el caso de ser afirmativa la respuesta, si el órgano designado en la normativa electoral nacional, por no haber cumplimentado el electo los*

requisitos electoralmente establecidos (imposibilidad derivada de su limitación a la libertad deambulatoria por su situación de prisión provisional en proceso por delitos graves) hubiera comunicado al Parlamento Europeo, que aquél no ha adquirido esa condición de Diputado hasta tanto cumplimente esos requisitos; ¿persistiría la interpretación extensiva de la expresión “período de sesiones”, pese a la ruptura transitoria de su expectativa de tomar posesión de su escaño?

Cuestión 3ª: *Si la respuesta fuese la interpretación extensiva, en caso de que el electo se encontrase en situación de prisión provisional en proceso por delitos graves, con bastante antelación al inicio del proceso electoral, ¿la autoridad judicial que ha acordado la situación de prisión resultaría obligada, a la vista de la expresión «cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste» del artículo 9 del Protocolo nº 7, a levantar la situación de prisión en términos absolutos, de modo casi automático, para permitir el cumplimiento de las formalidades y desplazamientos al Parlamento Europeo?; o bien ¿debería atenderse a un criterio relativo de ponderación en el caso concreto, de los derechos e intereses derivados del interés de la justicia y del debido proceso por una parte y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra, tanto en lo que se refiere a la observancia del funcionamiento e independencia del Parlamento, como al derecho del ejercicio de cargos públicos por el electo?*

En consonancia con la cuestión prejudicial planteada, esta parte solicitó (escrito de 16 de septiembre de 2019) **la suspensión de la tramitación del procedimiento** en el sentido de suspender la resolución de la Causa Especial 20907/2017 ante la dependencia absoluta de la resolución del procedimiento penal con el resultado de la cuestión prejudicial.

Tal y como habían sido formuladas las cuestiones prejudiciales, era claro que la respuesta del TJUE iba a determinar la posibilidad de emitir o no la Sentencia en el pleito principal puesto que la configuración legal de la inmunidad podría dar lugar (y así lo preveía el propio TS) a un impedimento *ex lege* de dictar Sentencia definitiva sin la tramitación del suplicatorio del Parlamento Europeo.

Pese a que la cuestión prejudicial se formulaba en el trámite de decisión sobre la concesión de un permiso penitenciario de salida y que el encaje formal de la controversia se hacía por el TS en una pieza separada, ello no permitía evitar la

afectación de la cuestión suscitada a la pieza principal y a las posibilidades de dictar Sentencia como trámite o incidente procesal de evidente relevancia jurídica.

En definitiva, la Sentencia no podía ser dictada hasta conocer el sentido de la decisión del TJUE en el asunto prejudicial C-502/19 que determinaría el alcance de la inmunidad del Sr. Junqueras.

B) MANTENIMIENTO DEL OBJETO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL A PESAR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS denegó mediante Auto de fecha 3 de octubre de 2019 suspender la tramitación del procedimiento en clara contravención con el evidente efecto suspensivo que acompaña al instrumento de “diálogo judicial” que supone el reenvío prejudicial europeo.

Antes de que finalizara el plazo para recurrir dicha denegación, el TS dictó Sentencia de fecha 14 de octubre de 2019 por la que condenaba, entre otros, al Sr. Junqueras a la pena de 13 años de prisión e inhabilitación absoluta para el ejercicio de cualquier cargo representativo pese a su inmunidad.

En la misma fecha de 14 de octubre de 2019, el Tribunal Supremo dictó Auto de incoación de ejecutoria con **suspensión de la pena de inhabilitación absoluta** y no también de la pena de prisión.

El Tribunal Supremo acordó que *en cuanto la pena de inhabilitación, esta puede resultar **condicionada por el efecto reflejo**, en su caso, de la resolución del recurso de súplica pendiente en la pieza de situación contra el auto de 14 de mayo de 2019* (párrafo cuarto de la página 2 del Auto de incoación de ejecutoria de 14 de octubre de 2019).

Fue el propio TS el que acuñó el término “efecto reflejo” para prever la afectación que la respuesta del TJUE podría tener sobre el pleito principal.

Vista la denegación de la suspensión de la tramitación del procedimiento y el dictado de la Sentencia, se formuló recurso de súplica contra el Auto de incoación de ejecutoria de 14 de octubre de 2019, **solicitando que la ejecución de la pena privativa de libertad quedara en suspenso de forma análoga a la suspensión de la pena de inhabilitación**. Dicha suspensión no sólo procedía

como consecuencia del planteamiento del asunto prejudicial y su efecto de paralización de la tramitación del proceso de la jurisdicción nacional, sino que resultaba obligado dadas las preguntas efectuadas por el Tribunal Supremo, en las que sometía al TJUE la posibilidad de que deviniera obligada la puesta en libertad del Sr. Oriol Junqueras en determinados supuestos de inmunidad y la necesidad de encontrar efecto útil a la respuesta del TJUE. El TS denegó también esa solicitud.

Es importante subrayar que el TS dictó Sentencia el mismo día en que tuvo lugar la vista ante el TJUE y, a pesar de dictarla, defendió mediante comunicación oficial al TJUE el mantenimiento del objeto del pleito.

Mediante la comunicación de 14 de octubre de 2019 dentro del asunto prejudicial C-502/19 (referido en la STJUE §42) se mencionaba que *la citada cuestión prejudicial sigue manteniendo su interés y vigencia para este Tribunal Supremo, toda vez que la respuesta del Tribunal de Justicia tendrá eficacia con independencia de la situación de prisión preventiva o penado que afecte a D. Oriol Junqueras i Vies.*

Huelga decir que el TJUE, perfectamente conocedor de las conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar (y concretamente las que discuten sobre los “efectos” de la cuestión prejudicial, párrafos 100 y 109 de su escrito de conclusiones), acabó descartando con total claridad que la discusión del asunto prejudicial hubiera perdido objeto.

En este sentido, el TJUE confirma de forma categórica el mantenimiento de ese interés diciendo que *se desprende claramente que la interpretación solicitada por el TS guarda relación directa con el objeto del litigio principal y que el problema suscitado en dicho litigio y en la propia petición de decisión prejudicial no es hipotético, sino real, y no ha perdido su vigencia tras la sentencia de 14 de octubre de 2019* (STJUE §58).

C) SENTENCIA DEL TJUE

La cuestión prejudicial fue objeto de resolución definitiva mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de diciembre de 2019 (en adelante *STJUE*) y de sus conclusiones se hizo evidente que no podía haberse dictado, conforme a la ley, la Sentencia que ahora combatimos.

En su análisis el TJUE establece que *la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce **por el hecho y desde el momento de la proclamación***² oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros (STJUE §71).

No existía, por tanto, **ningún otro título habilitante** de la condición de eurodiputado que la proclamación de su elección, ni el ejercicio de las funciones parlamentarias podía ser condicionado **por el derecho interno al cumplimiento de requisito alguno tras su proclamación como diputado electo.**

*Los miembros del Parlamento Europeo gozan de la inmunidad de que aquí se trata **antes de que comience su mandato*** (STJUE §80).

Dicha inmunidad implica la *posibilidad de **dirigirse sin impedimentos** a la primera reunión de la nueva legislatura* (STJUE §85) y contribuye también a la *eficacia del derecho de sufragio pasivo garantizado en el artículo 39, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales, que constituye la expresión, en esta Carta, del principio de **sufragio universal directo, libre y secreto** consagrado en el artículo 14 TUE, apartado 3, y en el artículo 1, apartado 3, del Acta electoral (...) al permitir a quienes han resultado electos miembros del Parlamento Europeo cumplir los trámites necesarios para tomar posesión de su mandato* (STJUE §86).

El TJUE expresa su primera conclusión (STJUE §87) diciendo que *debe considerarse que **goza de inmunidad** en virtud del artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión **una persona que, como el Sr. Junqueras Vies, ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión.***

² Ello se produjo el día 13 de junio de 2019 por decisión de la Junta Electoral Central publicada en el BOE del día después.

La prisión provisional no puede obstaculizar la libertad de los miembros del parlamento europeo de dirigirse a la reunión del Parlamento Europeo (STJUE §90).

Y como segunda conclusión se establece (STJUE §92) que *a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder al tribunal remitente que la existencia de la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión **implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta a la persona que goza de tal inmunidad, al objeto de permitirle desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas.** Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo.*

En el párrafo § 93, el TJUE establecía, además, la guía para la aplicación de los “efectos reflejos” o “efectos aparejados a la inmunidad” en la “causa principal” y los vinculaba a la observancia de los siguientes criterios:

- La observancia del Derecho de la Unión y, en particular, del principio de cooperación leal (4.3.I TUE) en los términos del caso Marra.³
- Teniendo en cuenta lo establecido en los §§ 64, 65, 76, 82 a 86 de la misma STJUE.

El TJUE obligaba al TS, en definitiva, a **generar efectos** sobre la causa principal (es decir, sobre la Sentencia) a tenor de la inmunidad parlamentaria.

El redactado (§92) de la STJUE resulta de una claridad diáfana: La inmunidad **implica el levantamiento** de la medida de prisión provisional. Si el tribunal la quiere mantener **tras** la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo ha de solicitar al Parlamento Europeo que **suspenda** la inmunidad.

Sin la autorización del Parlamento Europeo no resultaba posible el mantenimiento del Sr. Junqueras en prisión ni, obviamente, la continuación

³ STJUE Gran Sala de 21 de octubre de 2008, asuntos C-200/07 y C-201/07.

del procedimiento penal con el dictado de una Sentencia que analizara la culpabilidad de los acusados, con respeto a las prerrogativas insertas en el artículo 9.1 PPI aplicable a cualquier miembro del Parlamento Europeo desde el inicio del período de sesiones (2 de julio de 2019).

D) EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TJUE

Las cuestiones prejudiciales planteadas tenían una evidente influencia sobre el pleito principal derivada de la propia literalidad de su formulación.

La STJUE daba lugar, por tanto, a un efecto sobre el procedimiento inevitable: al confirmarse el goce de la inmunidad por parte del Sr. Junqueras, la Sentencia no debía haber sido dictada y, por ende, devenía nula de pleno derecho para restablecer el derecho vulnerado asociado a la prerrogativa analizada.

Es obvio que el derecho de la Unión es de aplicación directa para el Estado y para las autoridades judiciales, de la misma forma que los principios fundamentales de la Unión y la interpretación de los derechos fundamentales tal y como han sido reconocidos en la CDFUE y en el CEDH y sus protocolos anexos.

Según el artículo 4 bis apartado 1 del LOPJ, ***los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.***

La STJUE debía dar lugar a un **efecto real sobre la situación del Sr. Junqueras** en méritos de lo que la misma dispone. Mediante las respuestas a las cuestiones planteadas el TJUE determinaba la **necesidad y obligatoriedad de fijar concretos efectos** de su interpretación legal.

Si tanto el TJUE como el TS consideraban que la cuestión prejudicial no había perdido vigencia tras la Sentencia de 14 de octubre, resultaría incongruente afirmar que la pena impuesta hacía inaplicable la STJUE.

Conforme a la STJUE, la decisión tomada por el TS en su día **infringió los derechos políticos y civiles⁴ del Sr. Junqueras** así como el **derecho de la**

⁴ Las consecuencias en términos de protección de derechos fundamentales afectan tanto al derecho a la libertad deambulatoria (17 CE, 6 CDFUE y 5 CEDH), como al derecho al proceso con todas las garantías, tutela judicial o juicio justo (24 CE, 47 CDFUE y 6 CEDH) con especial incidencia en el derecho de participación y representación política (23 CE, 39.2 CDFUE y 3/P1 CEDH).

Unión que protege los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, puesto que la inmunidad *debe garantizar que el Parlamento Europeo tenga total capacidad de cumplir las misiones que le han sido atribuidas* (STJUE §76).

Con su §92 la STJUE da respuesta a la pregunta 3ª planteada en el Auto de 1 de julio de 2019 del TS en el sentido de adoptar una ***interpretación extensiva de eficacia absoluta*** de la inmunidad del artículo 9 PPI que la dotaría de un contenido que impediría *ex lege* cualquier evolución del procedimiento e indefectiblemente la imposibilidad de dictar Sentencia definitiva sin la tramitación del suplicatorio del Parlamento Europeo y descartando la alternativa de aplicación de criterios de ponderación propuesta por el TS.

Dicha ponderación no resulta posible en los términos efectuados por el TS puesto que el Sr. Junqueras tenía derecho desde el día de 13 de junio de 2019 a abandonar la prisión y desplazarse al Parlamento Europeo, de conformidad con la interpretación legal proporcionada por el TJUE, y el suplicatorio resultaba obligatorio.

Con su Auto del día de 9 de enero de 2020, el TS fue en contra de su propia decisión y dejó la STJUE sin efecto. Pero, **el TJUE no permite el “efecto cero”, ni tan siquiera por el dictado de una condena. La STJUE debe ser aplicada y generar efectos.**

El TS **no podía excepcionar el contenido y alcance de la inmunidad** que protegía al Sr. Junqueras y que servía a los fines últimos de la protección de la integridad del Parlamento Europeo.⁵

La inmunidad existe o no existe y no puede defenderse una concepción de inmunidad que no sea efectiva. La inmunidad “no efectiva” no está prevista en ninguna ley y este Excmo. Tribunal debe analizar la respuesta dada por el TS en sus diferentes resoluciones relativa a los efectos de la inmunidad para aplicarlas en la fase de control constitucional con respeto a derechos fundamentales.

⁵ Este Excmo. Tribunal ha acogido una interpretación de las prerrogativas o garantías parlamentarias relacionada con la libertad e independencia de la institución parlamentaria (STC 243/1988) recordando su origen histórico vinculado a las *condiciones históricas de afirmación y consolidación del Estado de Derecho* (STC 206/1992).

De nuevo la perspectiva de derechos fundamentales se impone como sistema de resolución de la controversia: el Sr. Junqueras gozaba de inmunidad y fue condenado igualmente, pero era titular del derecho de sufragio pasivo y de todas las facetas del derecho de participación y representación política, de tal forma que no puede ser tratado de forma distinta a los demás eurodiputados, puesto que ello afectaría, además, al **derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación** (artículo 14 CE y 20 y 21 de la CDFUE).

El TS no razona en concreto (más allá de enunciados formalistas) qué **preceptos de derecho de la Unión** imponen una interpretación contraria a la producción de efectos de la STJUE, ni se relaciona la decisión del Auto con el **principio de cooperación leal** (4.3.I TUE) ni tan siquiera se cita la **doctrina Marra** que había de considerarse a tenor de la invitación del TJUE.

La cooperación leal debía proyectarse no sólo sobre la necesidad de otorgar eficacia a la resolución del TJUE sino también sobre la necesidad de determinar una respuesta judicial acorde con el respeto a cualquier institución de la Unión, incluido el parlamento. La inmunidad **protege al Parlamento Europeo** y el Auto del TS no ha atendido a dicha finalidad ni la ha argumentado de conformidad con los párrafos 64, 65, 76 y 82 a 86 de la STJUE.

La constatación de la existencia y vigencia de la inmunidad europea del Sr. Junqueras desde el día 13 de junio de 2019, de conformidad con la protección de su derecho al proceso con todas las garantías, la libertad deambulatoria, el derecho a la igualdad sin discriminación y de participación y representación políticas, implica la declaración de nulidad de la condena dictada que no respetó tanto el efecto suspensivo del reenvío prejudicial, como los efectos asociados a la inmunidad que obligaban a la tramitación de autorización para el levantamiento de esa inmunidad ante el Parlamento Europeo a fin de poder mantener medidas cautelares personales o afrontar el análisis de una eventual culpabilidad en la Sentencia definitiva del proceso penal.

3.2 INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA

En los estados democráticos modernos la protección de las instituciones de representación política, como manifestación de la efectividad del mandato

ciudadano derivado de elecciones libres, resulta base fundamental del sistema político, con garantía de la separación de poderes.

Una de las concreciones de dicha protección de las instituciones políticas y, por ende, de sus representantes, lleva implícita la limitación de cualquier acción judicial de forma que afecta al contenido del artículo 6 CEDH y así lo reconoce la jurisprudencia del TEDH.⁶

La faceta afectante al derecho al juicio justo (6 CEDH) es, en realidad, una parte de la aproximación a la controversia, puesto que las garantías de inviolabilidad e inmunidad sirven también a la protección de los derechos de libertad ideológica, de expresión, de reunión y de representación políticas (artículos 16, 20, 21 y 23 CE; 9, 10, 11 y 3/P1 CEDH; y 18, 19, 21 y 25 PIDCP) pues se vinculan a la protección del derecho a la libre deliberación y de las instituciones mismas, con relación a la separación de poderes y a los principios democráticos.

La Sentencia que cuestionamos criminaliza, tanto en la descripción de hechos probados como en su fundamentación jurídica, el proceso de creación legislativa y debate acaecido en el Parlament de Catalunya y ello configura la descripción de lo que el Tribunal considera punible bajo el delito de sedición y malversación, es decir, que sirve de base para la declaración de culpabilidad de mis mandantes y de otros acusados, aspecto que genera una flagrante nulidad de la Sentencia.

De hecho, el relato de Hechos Probados se inicia por la descripción del “desafío normativo” que precisamente las acusaciones han mantenido siempre como el núcleo de la antijuridicidad de las conductas objeto de persecución penal.

Tal es la importancia de la “creación normativa” del Parlament de Catalunya que la Sentencia llega a decir, en clara hipérbole, que *la búsqueda de una cobertura normativa a ese desafío, lejos de aliviar su gravedad, la intensifica* (página 214). Es decir, que la gravedad de los hechos sancionados se vincula, en gran medida, al hecho de que se trasladaran a la actividad del Parlament.

Una de las evidencias derivadas de la atenta lectura de la Sentencia es la de la extrema y crucial gravedad asociada por el TS a la tarea normativa de las

⁶ Se decía en la STEDH Kart c. Turquía [GS], ECHR 2009 (extractos), §90, que *las garantías de los distintos tipos de inmunidad parlamentaria (inmunidad e inviolabilidad) sirven al mismo propósito, el de asegurar la independencia del Parlamento en el desarrollo de sus funciones.*

instituciones catalanas, calificada de verdadero “desafío”, por más que el propio TS asuma (por lógica aplastante) que dicha “legalidad paralela” ni tuvo ni podía tener efecto jurídico alguno, hasta el punto de nacer viciada de nulidad y viéndose sometida a la fiscalización del TC.

La atribución de los hechos al Sr. Junqueras se inicia precisamente mediante su contribución al *trazado de todo el proceso de construcción normativa* (página 302 de la Sentencia).

Sea por participación directa como diputados, sea por participación indirecta a través de la adhesión o asunción de la tarea parlamentaria criminalizada, la culpabilidad en la Sentencia se vincula de forma significativa al **dictado de resoluciones y normas** por el legislativo catalán, del que mis mandantes formaban parte.

La crítica a dicha producción normativa tiene su raíz en el dictado de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, que declaraba la inconstitucionalidad de la Resolución 1/XI (siguiendo el giro jurisprudencial establecido por la STC 42/2014) y los subsiguientes incidentes de ejecución tramitados ante este Excmo. Tribunal que configuran todo el espacio de ilicitud que fundamenta el contenido criminal de las conductas enjuiciadas, desde las de desobediencia hasta la de sedición, pasando por la malversación de caudales públicos.

El TC se separaba en 2015 de sus tareas de control de constitucionalidad *ex post* frente a las manifestaciones políticas del Parlamento para generar un mandato genérico previo de “impedir o paralizar cualquier iniciativa relacionada con la Resolución 1/XI”, censurando el debate parlamentario y dando lugar a su criminalización, hecho incompatible con las garantías que protegen dicha función parlamentaria, entre ellas, la de la inviolabilidad de sus miembros por sus opiniones y voto.

Sin embargo, como establece el artículo 57.1 del Estatut d’Autonomia de Catalunya (EAC) *los miembros del Parlament de Catalunya son inviolables por los votos y las opiniones que emiten en el ejercicio de su cargo.* “Y según el artículo 21 del Reglamento del Parlament (RPC) *los diputados gozan de inviolabilidad, incluso después de haber finalizado su mandato, por las opiniones y los votos emitidos durante el ejercicio de sus funciones.*

Mis mandantes, huelga decirlo, eran diputados en el Parlament y titulares de dicha protección, como otros de los acusados en el proceso.

Que el TC fiscalizara la producción normativa o de resoluciones o actos del Parlament tampoco implica que la garantía de inviolabilidad no opere en sede penal.

La inviolabilidad (que en otros ordenamientos jurídicos se traduce en ocasiones como “inmunidad”) se define como una limitación a la jurisdicción **de carácter absoluto**,⁷ en contraposición a la garantía de inmunidad frente a la detención o procesamiento respecto de la cual existen fórmulas de levantamiento de la protección (suplicatorio) o límites.

La inviolabilidad parlamentaria se vincula con valores como la libertad, el derecho a la libre deliberación y el pluralismo político, consustanciales al Estado democrático (1.1 CE) y se relaciona con los derechos de participación y representación política y libertad de expresión propios de un Estado en el que se garantice la separación de poderes.

La inviolabilidad parlamentaria protege a la institución parlamentaria y para ello protege al concreto representante político. Dicha protección redunda en la de los ciudadanos como titulares del derecho a participación en los asuntos públicos a través de sus representantes, todo ello de conformidad con el contenido del artículo 23 CE y 3/P1 CEDH.

La inviolabilidad contribuye a la función representativa que, de acuerdo con el artículo 3/P1 CEDH y garantiza que el parlamentario pueda desplegar sus funciones *sin perturbaciones ilegítimas*.⁸ La Sentencia impugnada confirma, contrariamente, la criminalización de la actividad parlamentaria, la desprotección a ese espacio de debate libre y sin injerencias que debe ser el Parlamento.

Las prerrogativas parlamentarias protegen, por tanto, un amplio abanico de valores y de derechos asociados a las democracias contemporáneas.⁹ Dichas

⁷ STC 30/1997, de 24 de febrero.

⁸ En la STEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, ya se establecía que *la libertad de expresión, valiosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses*.

⁹ En la STEDH Szél c. Hungría de 16 de septiembre de 2014, se decía que las garantías de los parlamentarios contribuyen a proteger *la libertad de expresión en el Parlamento y a mantener la separación de poderes, legislativo y judicial*.

prerrogativas deben desplegar sus efectos frente al poder judicial, de forma diametralmente opuesta a como han sido tratadas en la presente causa en las que el procedimiento ha afectado de forma traumática a los derechos previstos en el artículo 23 CE a través de la suspensión de funciones (384 bis LECr), la prisión provisional de representantes políticos, la ausencia de protección de su inviolabilidad e inmunidad, y la supresión de cualquier derecho asociado a las funciones de representación política de algunos de los acusados.

El contenido de la inviolabilidad, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional, es el de protección de los votos y opiniones de los parlamentarios en relación al ejercicio de sus funciones, y ello obviamente sucede respecto a las iniciativas parlamentarias estudiadas por la Sentencia y dotadas de contenido antijurídico.

La producción normativa y manifestaciones vinculadas a la actuación de mis mandantes en el Parlament se encuentra, contrariamente a lo que establece la Sentencia, amparada por la inviolabilidad parlamentaria y se vincula con los derechos fundamentales relacionados con el objeto de protección de tal institución.

Tal actuación no podía ser objeto de investigación ni enjuiciamiento, ni pueden ser los hechos descritos sancionados ni formar parte del relato fáctico sobre el que se sustenta la culpabilidad. La Sentencia, por ende, resulta nula de pleno derecho al producirse sin respeto a los límites absolutos a la jurisdicción establecidos legalmente y base de todo sistema democrático moderno.

El mantenimiento de la tesis de la Sentencia daría lugar, además, a un evidente escenario desalentador de los derechos fundamentales (*chilling effect*) que resultaría en la destrucción de varios de los pilares de un Estado democrático, desde el derecho a la deliberación, pasando por el respeto al pluralismo político y la protección de las minorías.

Huelga decir que la protección de la inviolabilidad, que se relaciona con aquellos acusados que justificaban supuestamente la competencia del Tribunal Supremo para el conocimiento de los hechos (la diputación permanente del Parlament de Catalunya y singularmente su presidenta, la Sra. Carme Forcadell), hacía

imposible la competencia tantas veces ya discutida del Tribunal Supremo, en una vulneración añadida del derecho al juez predeterminado por la ley que se desarrollará en sucesivos motivos de impugnación.

El vicio de nulidad de la Sentencia es, por tanto, doble con relación a los efectos de la inviolabilidad parlamentaria, por cuanto integra en el juicio de culpabilidad hechos cubiertos por la garantía mencionada y porque determina la competencia jurisdiccional a partir de la actuación de investigados cubiertos por dicha garantía.

3.3 INMUNIDAD DE DIPUTADOS Y SENADORES

Como ya se ha avanzado y se deriva del análisis de las instituciones de la inmunidad europea y la inviolabilidad, los valores asociados a la separación de poderes y a la protección de las instituciones de representación política configuran un **límite a la jurisdicción** para la protección de los principios del Estado democrático. Dichos límites deben ser analizados, también, dentro del alcance del derecho al juicio justo o equitativo de conformidad con el artículo 6 CEDH o desde la perspectiva del proceso con todas las garantías y la tutela judicial del artículo 24 CE en lo atinente a la garantía de inmunidad parlamentaria de los miembros de las Cortes españolas.

La garantía de inmunidad protege a la institución parlamentaria, pero es, también, un derecho subjetivo de las personas a las que se aplica. Esta dimensión queda claramente expresada en la STC 243/1988 que considera que la inmunidad también protege la “libertad personal” de los representantes populares frente a procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad e impidan a los parlamentarios asistir a las reuniones de las cámaras. Esta dimensión subjetiva de la inmunidad también ha sido acogida por el TJUE.¹⁰

La protección del parlamentario y la de la institución garantizan el efectivo acceso del representante político al cargo público, como fórmula de protección de los derechos de los electores.

En la presente causa el TS ha ignorado la inmunidad parlamentaria en dos ocasiones, tanto respecto del cargo de miembros de las Cortes Españolas de

¹⁰ STJUE Gollnich c. Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2013.

mis mandantes como respecto del de parlamentario europeo del Sr. Junqueras. La absoluta desprotección en la causa de los derechos inherentes a la condición de representantes políticos de los Sres. Junqueras y Romeva ha supuesto una vulneración directa de los derechos de participación y representación política (artículo 23 CE y 3/P1 CEDH) con afectación al derecho al proceso con todas las garantías y al juicio justo (24 CE y 6 CEDH).

En ningún caso el TS ha considerado que el diputado o senador electo disfrutara de inmunidad y ha procedido cómo si esta no existiera. Ni ha tramitado el suplicatorio imprescindible para pedir la autorización de las cámaras, ni ha suspendido el proceso penal en espera del resultado de dicho suplicatorio. Es por ello que tanto el Auto de denegación del suplicatorio como la Sentencia misma, son actuaciones judiciales que vulneran el derecho de participación política del diputado o senador, su protección procesal en base al derecho al juicio justo y justifican la solicitud de amparo constitucional y la petición de declaración de nulidad de tales resoluciones.

Sin embargo, la inmunidad parlamentaria no es un privilegio personal, supone una protección frente a la persecución judicial del representante político electo, la garantía que un diputado o senador **pueda ejercer libremente su mandato sin ser objeto de persecución política arbitraria** y se proyecta sobre el proceso judicial determinando la **interrupción de cualquier acción judicial en curso** independientemente de la fase en la que se encuentre. Ello sucede tanto respecto a la inmunidad derivada de la condición de diputado como de la de senador en las Cortes españolas.

Establece este Excmo. Tribunal¹¹ que lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que **no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional** como es una valoración sobre el significado político de tales acciones.

En dicha afirmación se encuentra la esencia de los principios democráticos del Estado de Derecho y concretamente del principio de separación de poderes cual es la imposibilidad de que sea el órgano judicial el que valore lo que sólo puede

¹¹ STC 90/1985, de 22 de julio (FJ 6).

decidir en exclusiva el cuerpo legislativo, esto es, el mantenimiento o levantamiento de dicha garantía de inmunidad de los representantes políticos.

Los únicos antecedentes vinculados con la controversia que apuntamos que a día de hoy han llegado a este Excmo. Tribunal tienen que ver con la vulneración del derecho de participación y representación política asociado a la situación de prisión provisional de mis mandantes y otros condenados en las actuaciones y que han dado lugar, por ahora, a la convalidación de la lesión del derecho (dicho sea desde el prisma de quien defiende que dicha lesión se ha producido y abrazando el apoyo de la opinión minoritaria discrepante de parte de este Excmo. Tribunal expresada, por ejemplo, en la STC de 28 de noviembre de 2019).

Como avanzábamos, a resultas del dictado de los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2019 y de 3 de octubre del mismo año, por los cuales se **deniega solicitar autorización a las cámaras legislativas mediante la remisión de suplicatorio** respecto de los Sres. Junqueras y Romeva, resultan violentados los derechos fundamentales ya descritos.

Mis mandantes fueron elegidos respectivamente diputado y senador de las Cortes cuando se encontraban procesados (elecciones celebradas el pasado 28 de abril de 2019). Aunque se permitió a mis representados acudir a la sesión de constitución de las Cortes y recoger sus respectivas actas, *de facto* no se les permitió que realmente pudieran desarrollar las tareas que les son propias (reuniones dentro del Grupo Parlamentario, ruedas de prensa y entrevistas, así como todas aquellas tareas vinculadas a su estatuto) ni gozar de las prerrogativas inherentes a sus cargos, ni se les garantizó el derecho a no sufrir la tramitación de una causa penal sin autorización del cuerpo legislativo. El TS ni realiza la comunicación oportuna ni espera a que los respectivos Cuerpos Colegisladores resuelvan lo que tengan por conveniente sobre la vigencia y mantenimiento de la inmunidad, sino que de forma automática y realizando una interpretación totalmente restrictiva de la regulación relativa a la garantía de la inmunidad, toma la decisión de continuar con el procedimiento judicial, apelando a una cuestión relativa al ámbito de **aplicación temporal** de la inmunidad.

Las resoluciones referenciadas disponen básicamente que, habiéndose dictado Auto de procesamiento e iniciadas las sesiones de juicio oral cuando mis mandantes fueron elegidos diputado y senador, ya no procede recabar

autorización alguna de las Cortes, afirmación que se pretende fundamentar en el hecho que la previsión legal se refiere a que diputados y senadores no podrán ser “inculcados ni procesados” si no media autorización de las cortes. Así, ciñéndose a los términos “inculcados” y “procesados”, entiende el TS que la autorización de las Cámaras sólo es precisa para la adopción de decisiones judiciales propias de la fase de instrucción o fase intermedia.

No obstante, dichas resoluciones omiten por completo que la regulación en materia de inmunidad hace mención también a las personas ya “procesadas”, de tal forma que la distinción temporal realizada por la Sala no resulta en ningún caso aceptable ni se ajusta a la naturaleza propia de la inmunidad, en tanto que garantía material frente a una actuación judicial susceptible de afectar la libertad del representante político.

En concreto, tal como dispone el artículo 71.2 CE *durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.*

El artículo 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, dispone que *Durante el período de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso.*

Por otro lado, el artículo 22.1 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994, dispone en el mismo sentido lo siguiente: *Durante el período de su mandato, los Senadores gozarán de inmunidad y no podrán ser retenidos ni detenidos salvo en caso de flagrante delito. La retención o detención será comunicada inmediatamente a la Presidencia del Senado.*

*Los Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente suplicatorio. Esta autorización será también necesaria en los procedimientos que estuvieren instruyéndose contra personas que, **hallándose procesadas o inculpadas**, accedan al cargo de Senador.*

Así mismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene un apartado específico relativo al *modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes*, artículos 750 a 756.

Al respecto, dispone el artículo 750 LECr que *El Juez o Tribunal que encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes por causa de delito, se abstendrá de dirigir el procedimiento contra él si las Cortes estuvieran abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegislador a que pertenezca*, y justo a continuación el artículo 751 hace mención expresa en su párrafo segundo a la forma de proceder con los parlamentarios ya procesados, como sigue: ***Se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido Senador o Diputado a Cortes.***

Asimismo, y en relación a los dos preceptos anteriormente mencionados, el artículo 753 LECr establece que *En todo caso, se suspenderán por el Secretario judicial los procedimientos desde el día en que se dé conocimiento a las Cortes, estén o no abiertas, permaneciendo las cosas en el estado en que entonces se hallen, hasta que el Cuerpo Colegislador respectivo resuelva lo que tenga por conveniente.*

En consecuencia, tanto en el caso de personas investigadas como en el caso de personas sobre las que se ha dictado ya Auto de procesamiento, **la competencia para decidir sobre la continuación del procedimiento penal corresponde a las Cortes.**

La lectura restrictiva que propone el TS no es ajustada a derecho por las siguientes razones:

En primer lugar, porque descansa en una interpretación del artículo 71.2 CE de la que deduce el TS erróneamente conclusiones relativas a la vigencia de la inmunidad después del procesamiento. La finalidad de la previsión constitucional es establecer un límite en la actuación judicial pensando en eventuales acciones penales que se puedan iniciar respecto de los miembros de las cámaras. La inculpación o el procesamiento no son, por tanto, límites temporales sino **referencias procesales** relativas a la inmunidad, momentos en los que la garantía despliega sus efectos, pero no como límite de tales efectos.

En segundo lugar, la doctrina constitucional no ha acogido en ningún momento una interpretación como la que efectúa el TS. Más bien al contrario, de la jurisprudencia constitucional se desprende que la inmunidad se concibe como una garantía material o funcional que actúa frente a la actuación judicial, **sin ser relevante el momento procesal** en que esta se encuentre. Este Excmo. Tribunal toma siempre como referencia de la inmunidad la existencia del “proceso penal” dirigido contra un miembro de las cámaras.

Sin que la STC de 28 de noviembre de 2019 (recurso 814/2018) se refiera a ello, sí que en su Voto Particular discrepante se habla de la inmunidad y del suplicatorio sin poner **ninguna traba de índole temporal** (página 2 del VP).

La única limitación fijada por la jurisprudencia (que en todo caso no halla previsión legal explícita) hace referencia única y exclusivamente a aquellos casos en los que **ya se ha dictado sentencia**, supuesto de hecho distinto al que analizamos puesto que presupone la finalización de la fase de enjuiciamiento con declaración de culpabilidad dictada antes del nacimiento de la inmunidad.¹²

Finalmente, y como se ha transcrito, la interpretación en favor de la inmunidad material o funcional en los términos que defendemos tiene también un **reconocimiento claro y explícito en la legislación procesal** penal (751.II y 753 LECr) y consta explicitada en otras normas, como el artículo 22.1.II del Reglamento del Senado.

Pero debe añadirse incluso un elemento de interpretación relevante que proviene del **análisis de la STJUE de 19 de diciembre de 2019** y que está basado, en definitiva, en una interpretación de la institución de la inmunidad orientada a la protección de sus fines.

El TJUE decretó la vigencia de la inmunidad y lo hizo incluso después del dictado de la condena penal. El §76 de la STJUE nos remite y vincula al artículo 343 TFUE de tal forma que cualquier remisión al derecho nacional debe garantizar, en todo caso, que sea el Parlamento Europeo quien conserve la capacidad de proteger su composición y funcionamiento y ello no puede vincularse a ninguna suerte de límite temporal de aplicación, que el TJUE ni considera ni aplica.

¹² ATS de 7 de febrero de 2002; STS 1952/2000, de 19 de diciembre; STS 54/2008, de 8 de abril).

Entendemos, por tanto, que el TS ha establecido *ad hoc* una doctrina que no respeta el alcance y los efectos de la garantía de la inmunidad que reconoce el artículo 71.2 CE, haciendo una interpretación restrictiva e injustificada del precepto constitucional. El hecho de haber continuado el proceso penal contra mis mandantes sin haber considerado la existencia de inmunidad y sin tramitar el suplicatorio evidencian una patente vulneración del derecho de participación política del artículo 23 CE y del derecho al proceso con todas las garantías y la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

CUARTO.- LEGALIDAD PENAL

El principio de legalidad no se agota con la referencia al aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sino que es una regla de protección del acusado frente a una multiplicidad de circunstancias que atentan contra los principios del Derecho Penal democrático, como la aplicación de la analogía o la interpretación extensiva en materia penal y contra reo, la descripción vaga de los tipos penales, etc., especialmente cuando de dichas interpretaciones se derivan afectaciones directas o indirectas para derechos civiles y políticos fundamentales.

El principio de legalidad en general, y el principio de tipicidad penal en concreto, son garantías imprescindibles en un estado constitucional democrático y de derecho, puesto que sólo respetándolos escrupulosamente se puede garantizar la previsibilidad y seguridad jurídicas, el principio de autonomía individual, la igualdad ante la ley, y una interpretación democrática del principio de separación de poderes, la única admisible, que traza claramente los límites de la actuación de los tribunales.

Dicho principio de legalidad se proyecta tanto sobre la legislación nacional como sobre su interpretación jurisprudencial, y comprende requisitos cualitativos como el de taxatividad, previsibilidad y proporcionalidad. Afecta no sólo a la ley penal sustantiva, sino también a otras disposiciones como pueden ser las reglas de ejecución de la pena o de imposición de medidas cautelares.

La quiebra del principio de legalidad penal debe analizarse atendiendo a criterios de interpretación de la ley penal bajo parámetros de previsibilidad, teniendo en cuenta la propia redacción del tipo y su interpretación jurisprudencial y doctrinal,

y de acuerdo con el principio de proporcionalidad y demás principios de interpretación legal compartidos internacionalmente en las sociedades democráticas.

El principio se recoge en el artículo 25.1 CE, el artículo 7 CEDH, el artículo 49 CDFUE, el artículo 15 PDCP y el artículo 11.2 DUDH, y se trata de un derecho inderogable ex artículo 15.2 CEDH.

La Sentencia ha transgredido dicha legalidad puesto que en la determinación de la reacción penal **ha supuesto la aplicación de un delito que no se corresponde con los hechos declarados probados** dando lugar a una respuesta totalmente imprevisible y desproporcionada.

La respuesta penal no puede constituir una inasumible criminalización de actos de movilización ciudadana, amparados claramente por los derechos y libertades democráticos de reunión, protesta y manifestación, cuyo reproche resulta injustificable en los términos establecidos por la Sentencia.

Que la independencia de Cataluña es parte del debate político y del interés público de la ciudadanía catalana desde hace muchos años, resulta obvio.¹³

Para justificar una interferencia con determinados derechos y libertades resulta imprescindible la existencia de base legal previa, un objetivo legítimo y el respeto a los principios de necesidad (“imperiosa necesidad social”) y proporcionalidad. El Estado debe actuar cuidadosamente ante situaciones de restricciones de derechos fundamentales puesto que tiene una posición dominante.

El Tribunal Supremo efectúa en la Sentencia impugnada una interpretación del tipo penal del artículo 544 CP (delito de sedición) que hacía imposible prever su aplicación a los hechos declarados probados en el momento en que fueron cometidos.

El delito del artículo 544 CP ha sido históricamente utilizado por la doctrina penal para ejemplificar problemas de **taxatividad** y más recientemente para denunciar

¹³ La evidencia de la existencia del debate político sobre la independencia de Cataluña ya se describía, por ejemplo, en la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera. c. España, de 13 de marzo de 2018, §36: *Esta controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber la independencia de Cataluña (...).*

la pervivencia en nuestro sistema de tipos penales configurados sobre la base antiguas construcciones vinculadas a un **pasado autoritario**.

El delito de sedición presenta un redactado ambiguo y vago, necesitado de una interpretación actualizada bajo principios de derecho penal democrático que debe dar lugar a la desautorización de la interpretación efectuada por la Sentencia del Tribunal Supremo que resulta inédita (por imprevisible y desproporcionada) e intolerable de acuerdo con la necesidad de preservar los derechos y principios democráticos fundamentales, y de asumir cierta armonización entre los sistemas penales de nuestro entorno sometidos a los principios del artículo 2 TUE.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo adolece de los siguientes vicios insubsanables:

1. Efectúa una interpretación inasumible del tipo penal aprovechando defectos en su estructura que atentan al principio de **taxatividad**.
2. Efectúa una interpretación **imprevisible** del tipo penal aplicado para integrar el juicio de tipicidad.
3. Ignora la **despenalización** del antiguo delito de referéndum ilegal.
4. Determina una respuesta penal **desproporcionada** de conformidad con los principios internacionales de los estados democráticos.

Todo ello implica un **recorte en el espacio de ejercicio de derechos fundamentales**, apartándose de la adecuada interpretación del principio de legalidad en sistemas penales y constitucionales democráticos.

Los argumentos que se desarrollarán en el presente escrito implicarán atender al necesario respeto a derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, proceso con todas las garantías, derecho de reunión, libertad, etc.) que este Excmo. Tribunal puede valorar dentro del margen de apreciación técnica del que dispone y sobre la base de favorecer el análisis riguroso de la controversia, sin que sea posible exigir de esta parte rigidez formal en su planteamiento.

4.1 FALTA DE TAXATIVIDAD DEL DELITO DE SEDICIÓN

La redacción misma de una infracción penal debe satisfacer determinados requisitos de claridad que posibiliten una interpretación cierta del alcance de lo

prohibido y de la respuesta sancionadora. El delito de sedición, sin embargo, en su amplia e indeterminada redacción actual contribuye a la imprevisibilidad de su aplicación. Su redactado vago y ambiguo supone la quiebra del principio de **taxatividad** de la norma penal.

Resulta evidente que la interpretación gramatical es trascendente para el análisis de la vigencia del derecho y para enjuiciar la racionalidad de la interpretación de la norma y que la lesión del derecho se asocia en ocasiones con la aplicación de interpretaciones extensivas o analogía *in malam partem*.¹⁴

Bajo esa perspectiva resulta evidente que la tramitación del procedimiento y las discusiones técnicas producidas en su seno denotan una **incertidumbre absoluta** de los términos del tipo penal aplicado que ha puesto en **riesgo crítico la legalidad** penal. Muestra de ello son las explicaciones efectuadas por el Tribunal sentenciador para justificar su interpretación legal, impropias para el caso que la ley penal vigente cumpliera con el requisito de *lex certa*.

En el Auto de 29 de enero de 2020 el Tribunal Supremo rescata, con poco acierto a juicio de esta parte, el supuesto tratado en la STC 78/2019 relativo a los clubs canábicos. Es evidente, y así lo confirmaría cualquier operador jurídico, que no es lo mismo la conducta de tráfico de drogas o favorecimiento del consumo de tóxicos que la conducta de sedición.

Muestra de tales dudas de encaje típico es la posición del Ministerio Fiscal en su calificación definitiva e informe, que no solamente prescindió de proponer una calificación alternativa al delito de rebelión, sino que defendió la imposibilidad radical de apoyar la tesis de la sedición.

¹⁴ Resultan muy interesantes los argumentos efectuados en la STEDH Parmak y Bakir c. Turquía, de 3 de diciembre de 2019, §§ 58 y 76: *La ley penal no puede ser construida de forma extensiva en contra de un acusado, por ejemplo a través de la analogía. Los delitos y sus penas deben estar claramente definidos en la ley. Dicho requisito se cumple cuando un individuo puede conocer del redactado de un precepto y, si fuese menester, con ayuda de la interpretación judicial, qué actos y omisiones pueden generarle responsabilidad penal (...)* Los tribunales nacionales decidieron usar su discrecionalidad de forma expansiva asumiendo una interpretación inconsistente con la jurisprudencia prevalente y la esencia del delito en su definición legal. En tales circunstancias, infringieron los límites razonables de cualquier interpretación judicial de forma contraria a las garantías del artículo 7 del Convenio.

El derecho fundamental alegado puede cuestionar la esencia misma del precepto penal por defectos de taxatividad¹⁵ puesto que la norma penal debe **definir de manera precisa** el comportamiento sancionable.

El juicio de tipicidad efectuado en la Sentencia resulta superficial y predeterminado para conseguir forzar una interpretación típica que genere un marco de reacción penal de hasta 15 años de prisión con relación a dos concentraciones ciudadanas pacíficas, sobre las que mis mandantes no ostentaban ningún tipo de control, aprovechando la vaguedad y falta de determinación de la misma letra de la ley.

Resulta sorprendente que el ATS de 29 de enero de 2020 (página 33) hable de que la crítica a la taxatividad no fue aducida por las defensas durante el juicio oral, cuando se contiene en conclusiones provisionales, se discutió en cuestiones previas, consta en conclusiones definitivas y se discutió en el trámite de informe. Las defensas no tenían más obligación que plantear la contradicción entre la tesis acusatoria y una interpretación conforme a derechos fundamentales y el Tribunal Supremo era garante de la aplicación conforme a la CE de la ley penal mediante una interpretación restrictiva y respetuosa con la CE del tipo delictivo analizado o de cualquier otro alternativo, más allá de la facultad prevista en el artículo 35.1 LOTC si se sentía concernido a plantear cuestión de inconstitucionalidad o la de este Excmo. Tribunal de plantear **autocuestión de inconstitucionalidad**.

La doctrina, en mayor o menor medida, critica el delito de sedición destacando los graves problemas de delimitación del tipo.

Para JUAN CARLOS SANDOVAL *el delito de sedición es un vestigio histórico cuya permanencia en el Código penal carece de sentido*.¹⁶

TAMARIT SUMALLA (Catedrático de derecho penal UdL) aboga por la derogación de dicha figura en consonancia con el tratamiento penal efectuado por los sistemas penales de los países de nuestro entorno. El autor define el

¹⁵ En la STEDH Liivik c. Estonia, de 25 de junio de 2009, §101, se critica el uso de términos excesivamente vagos en un precepto de naturaleza penal que vulnera el artículo 7 CEDH por razón de su falta de claridad y previsibilidad.

¹⁶ SANDOVAL, J.C. en *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, 2013.

delito de sedición como una *figura vestigial, de origen decimonónico y de raigambre autoritaria que (...) ha sobrevivido a la reforma que supuso el CP 1995 con sus elementos más característicos: su predemocrático “nomen iuris”, unas penas que no guardan proporción con el bien jurídico protegido declarado y su estructura mimética respecto a la del delito de rebelión, que tiene como elemento típico fundamental el problemático concepto de alzamiento público y tumultuario.*¹⁷

GÓMEZ RIVERO se muestra partidaria de la supresión del delito por razón de la desproporción de la reacción penal.¹⁸

El Auto del TS de 29 de enero de 2020 (por el que se desestiman los incidentes de nulidad planteados contra la Sentencia condenatoria) defiende (en su página 13) que la conducta de sedición *está definida y el precepto cumple así las exigencias materiales de taxatividad derivadas del artículo 25.1 CE*, pero ello es una afirmación genérica vacía, una tesis voluntarista, respetable en cuanto a pronunciamiento del Tribunal, pero errónea. El delito de sedición es un ejemplo paradigmático de los defectos estructurales que puede tener un tipo penal.¹⁹

No podemos olvidar la existencia, además, de **múltiples tipicidades** alternativas que configuran el ámbito de lo punible con relación al bien jurídico del Orden Público (todas las figuras delictivas del Título XXII del Libro II del Código Penal).

La confusión y solapamiento con otros preceptos del código penal (dentro de los que protegen el bien jurídico Orden Público) es evidente y la Sentencia, en su análisis, descarta afrontar con seriedad el examen de **tipos penales alternativos** y, especialmente, los relativos a los delitos de desobediencia a resoluciones judiciales (como tipicidad claramente idónea a los hechos probados) e incluso a los desórdenes públicos (557 CP) o las modalidades atenuadas del delito de sedición (547 CP). Dicha tipicidad alternativa fue introducida en el debate del juicio oral y merecía una respuesta en detalle que

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La insoportable gravedad de la respuesta judicial a “los sediciosos”*, El Cronista, nº82-83, 2019.

¹⁸ GÓMEZ RIVERO, M.C. en *Revueles, multitudes y derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2019.

¹⁹ Una severa crítica relacionada con el principio de legalidad y taxatividad la promovió la organización Amnistía Internacional en su comunicado de 19 de noviembre de 2019, diciendo que la interpretación efectuada en la Sentencia que ahora se recurre suponía una restricción desproporcionada de los derechos a la libertad de expresión y reunión pacífica.

despejara las dudas que ahora nos llevan a denunciar la vulneración de la legalidad penal.

Es muestra evidente del **sesgo del Tribunal** el hecho de que **dedique muchos más esfuerzos en responder a las acusaciones que los hechos no son constitutivos de rebelión**, cuando bastaría con remitirse a los hechos probados y al más mínimo sentido común, que los que se dedican a las defensas para descartar la aplicación de tipicidades más favorables a los acusados. Parecería que la Sentencia protegería en mayor medida los intereses de la acusación pública que los de las defensas.

Dada la vaguedad excesiva de la redacción del tipo penal que analizamos, el **juicio comparativo** entre la sedición y sus alternativas menos gravosas era imprescindible para determinar correctamente la tipicidad.

No podemos olvidar que no toda ilegalidad es ilegalidad penal y que la Ley de Seguridad Ciudadana (LSC) prevé incluso en sede de responsabilidad administrativa conductas de obstrucción de la autoridad (artículo 36.4) que han sido precisamente utilizadas cuando los hechos se relacionan con el ejercicio de derechos fundamentales, además de las múltiples fórmulas de resistencia a la autoridad (556 CP) previstas en el CP.

Como se argumentará más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal así como la del TEDH reconocen que el perímetro del ejercicio legítimo de un derecho fundamental no puede coexistir con el área de ilegalidad de la acción (y mucho menos con el área de ilicitud penal), ya que es necesario preservar un importantísimo espacio intermedio de “relajación” de los estándares de legalidad. Ese espacio intermedio, caso de no ser respetado, podría dar lugar a un indeseable efecto desaliento sobre el ejercicio de libertades democráticas básicas, efecto inadmisibles en una sociedad democrática moderna.

No sólo importa la existencia de una previsión legal para restringir derechos fundamentales sino también la calidad de dicha ley y de su aplicación.

4.2 IMPREVISIBILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

El principio de legalidad, como manifestación de uno de los fundamentos de la sociedad democrática, implica la necesidad de que las normas sancionadoras

sean interpretadas de acuerdo con **criterios previsibles**, y así la “previsibilidad” se erige como pieza angular de la legalidad penal y elemento mismo de la noción de culpabilidad.

La Sentencia efectúa, sin embargo, una interpretación imprevisible, novedosa, de cariz analógico y extensivo, del delito de sedición, aplicándolo de forma perjudicial para los acusados (*in malam partem*).

El artículo 7 CEDH se refiere a la “ley” como ley nacional, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, así como a la necesidad de atender a requisitos sustantivos de accesibilidad o publicidad de la ley y previsibilidad.²⁰

Los ciudadanos deben poder prever de la redacción de la ley (si es preciso con asistencia legal y con la ayuda de la interpretación judicial) qué concretas conductas u omisiones pueden derivar en **responsabilidad penal** y qué **sanciones** les pueden ser impuestas por dichos actos u omisiones.²¹

Debe existir una clara correlación entre el grado de previsibilidad de una disposición de derecho penal y la responsabilidad personal exigida al acusado.

La previsibilidad se predica, por tanto, no solamente respecto del elemento de la relevancia penal de la conducta sino también del grado de reproche entendido como **intensidad de la reacción penal** a través de la sanción.

Este Excmo. Tribunal Constitucional ha entendido que la previsibilidad en la interpretación de la norma y la prohibición de la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* son susceptibles de control en la jurisdicción constitucional.

En primer lugar y en el caso que nos ocupa, la previsibilidad puede ser analizada de acuerdo con el criterio que se deriva de la jurisprudencia anterior al dictado de la Sentencia, puesto que no existen precedentes en el sistema penal español de tratamiento de hechos análogos al enjuiciado que hayan sido merecedores de una respuesta penal de hasta 15 años de prisión.

La inexistencia de una interpretación judicial previa no impide discutir la previsibilidad en la interpretación de la norma.²² Es obvio que los tribunales

²⁰ STEDH Del Río Prada c. España de 2013, §91.

²¹ STEDH Del Río Prada c. España de 2013, §79.

²² STEDH Soros c. Francia, de 6 de octubre de 2011, §58.

tienen derecho a evolucionar en cualquier interpretación legal *mientras dicho desarrollo respete la esencia del delito y pueda ser racionalmente previsible*²³ y **evitando interpretaciones extensivas** en perjuicio de los acusados **incompatibles con la esencia** de la infracción aplicada.²⁴

En ocasiones la existencia de una jurisprudencia escasa, inconstante o vaga puede dar lugar a situaciones de riesgo de arbitrariedad en la interpretación de la responsabilidad criminal de los ciudadanos.²⁵

En el caso que nos ocupa, el juicio de tipicidad es distinto al de los escasos precedentes judiciales manejados hasta la incoación de la causa, e imprevisible desde el prisma del principio de legalidad penal.

Más allá de las anecdóticas referencias jurisprudenciales señaladas en la Sentencia que cuestionamos (anteriores al Código Penal vigente), lo cierto es que otras pocas resoluciones del alto Tribunal contribuyen a la dificultad de validar el juicio de tipicidad efectuado en términos de respeto a la legalidad penal. Así la STS de 2 de julio de 1993 (pena de 6 meses de prisión por desórdenes públicos, descartando la sedición, en el supuesto de la ocupación de un Ayuntamiento y bloqueo de acceso de la autoridad) o la STS de 12 de julio de 2005 (un año de prisión por atentado, descartando la sedición, en el ataque a la policía y contra la Asamblea de Ceuta).

Y es el propio Tribunal Supremo el que en fechas anteriores a los hechos había resuelto de una forma que naturalmente había de influir cualquier respuesta legal a la convocatoria de una movilización ciudadana para votar. El interés del caso 9-N²⁶ lo admite la propia Sentencia en su página 338 pretendiendo, en un intento imposible de asumir, defender la previsibilidad de un salto entre el delito de desobediencia (castigo con pena de multa) hasta el de sedición (pena de prisión hasta 15 años) en base a la escueta justificación del siguiente párrafo: *... tenía que prever también que si la acción imputada no se limitaba a una conducta omisiva de rechazo al mandato, sino que incluía la creación de una legalidad paralela para promover la inobservancia de las leyes y, además, la celebración*

²³ STEDH S.W. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, §36.

²⁴ STEDH Navalnyye c. Rusia de 17 de octubre de 2017, §68.

²⁵ STEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, §103.

²⁶ STS de 22 de marzo de 2017 y STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2017 confirmada por STS de 23 de enero de 2019.

de un referéndum prohibido que se pretende hacer realidad mediante una tumultuaria movilización ciudadana para rechazar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, el título de imputación se agravaba.

La importancia del precedente 9-N la reitera el Tribunal en las páginas 226 y 347 de su Sentencia, sin extraer de ella la conclusión que debería de conformidad con el criterio de previsibilidad en la aplicación de la ley penal.

Y es también la propia Sentencia (página 242) la que recuerda que *es claro en la doctrina constitucional y de esta Sala que los derechos fundamentales y su proclamación constitucional ayudan a fijar los contornos de los tipos penales*, con lo que ello significa en un supuesto como el analizado en la que los hechos se relacionan con el ejercicio de derechos cívicos, nunca antes limitados en la forma en que la Sentencia determina.

Resulta evidente que la Sentencia impugnada supone un **giro jurisprudencial imprevisible** que se intenta defender, en primer término, mediante la estrategia de no explicitar dicho cambio en la interpretación de la ley, hecho que refuerza la irregularidad cometida.

La **doctrina científica** (cuya opinión sirve para integrar también el juicio de previsibilidad, máxime ante la publicidad del debate sobre los hechos enjuiciados) ha introducido una crítica muy severa a la subsunción de los hechos en el delito de sedición²⁷. Los modelos de interpretación de la comunidad jurídica son relevantes en el análisis de vulneración del principio de legalidad penal.²⁸

El precedente de Schleswig-Holstein²⁹ contribuye al debate sobre el elemento de la previsibilidad y pone en evidencia la Sentencia impugnada que contribuye a la huida de España de los objetivos de armonización legal de la Unión Europea. La resolución alemana, además, coincide en la imposible aplicación del artículo 544 CP con académicos y operadores jurídicos españoles varios.

Y lo más importante es que muchas voces autorizadas lo decían, no solamente antes del dictado de la Sentencia combatida, sino **antes de los hechos**. Así, GARCÍA RIVAS (catedrático de la UCLM) descartaba la tipicidad de los hechos

²⁷ Así se hacía en el artículo que obra en autos publicitado en el enlace siguiente: https://www.eldiario.es/tribunaabierta/banalizacion-delitos-rebelion-sedicion_6_838226207.html

²⁸ STC 137/1997.

²⁹ Auto de 12 de julio de 2018 que obra en autos.

de forma contemporánea a los sucesos de 2017³⁰ con una interesante aportación de derecho comparado. En palabras del autor *la ilegalidad que supone pretender la secesión del Estado debe resolverse por medios jurídicos no penales*, coincidiendo con JUAN CARLOS SANDOVAL (Doctor de la UA) en su magnífico estudio monográfico del delito de rebelión.³¹

Aún más expresivo de la crítica que efectuamos a la Sentencia es la opinión que el propio Fiscal General del Estado expresaba al tiempo de los hechos enjuiciados. MAZA MARTÍN decía entonces (preguntado por futuras reformas legales) que *Si yo tuviera que hacer mañana una propuesta legal no le digo que esa no fuera una, que se vuelva a la sedición impropia (...)*³²

Y ello lo decía como depositario privilegiado de la iniciativa de reacción penal en un medio de difusión público que contribuyó de forma evidente a la formación de la opinión de la ciudadanía. El Fiscal General señalaba la dificultad de respuesta legal en los términos de la sedición a los hechos del referéndum.

El debate sobre qué autor tiene o no tiene razón es estéril a los fines que nos ocupan, puesto que nuestra discusión no puede vincularse a motivos de infracción de ley al haber configurado el Tribunal Supremo, mediante criterios de oportunidad que esta parte cuestionará en otros apartados, una competencia jurisdiccional que nos aboca a la **instancia única**. Nuestra discusión tiene que ver con los criterios que habrían de determinar la imprevisibilidad del recurso al delito de sedición para dar respuesta a los hechos probados y que deriva en lesión de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

La crítica de la academia se hacía en términos tales que apelaba a evitar la “banalización” de los delitos de rebelión y sedición y a proteger los principios informadores del derecho penal. La reacción penal debe respetar criterios de merecimiento de pena que tengan en cuenta los hechos y el reproche a ellos

³⁰ GARCÍA RIVAS, N., *La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada*. Diario La Ley, septiembre de 2017.

³¹ SANDOVAL, J.C., obra cit. Dice el autor en dicha monografía que *en un Estado democrático de Derecho que “propugna” entre otros “valores superiores” el “pluralismo político” (art. 1.1 CE), no es legítimo anticipar las barreras punitivas hasta el punto de castigar la mera defensa de un programa político o ideológico, incluso cuando busca la transformación del “orden constitucional”*.

³² La entrevista al Fiscal General del Estado aparecía el día 17 de septiembre de 2017 en el enlace: <https://www.elmundo.es/espana/2017/09/17/59bd75b4e5fdea562a8b4651.html>

vinculado evitando contagiar al derecho penal democrático con tintes de *derecho penal del enemigo*.³³

En palabras de Antony DUFF (University of Stirling) *si la respuesta penal se basa en una reacción de excesiva severidad lo que hace, en vez de afianzar las bases morales en las que se basa el sistema y sus fines de prevención, es precisamente lo contrario, desacreditar las bases morales que el Derecho Penal Democrático quiere comunicar*.³⁴

Lo que resulta evidente es que **el delito de sedición en modo alguno contempla las conductas enjuiciadas y declaradas probadas** y su aplicación es, cuanto menos extensiva, entrando en la aplicación analógica prohibida.

La Sentencia, en su concreta fundamentación, se excede en la interpretación de la norma aplicada y por tanto la aplicación del delito de sedición resulta ajena a la orientación de protección de dicha norma y a la del bien jurídico que debe tutelar bajo parámetros de proporcionalidad y *ultima ratio*.

La descripción típica, en su indeterminación, recoge conductas de *alzamiento público y tumultuario* dirigidas a *impedir por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de la ley o el cumplimiento de una resolución judicial o administrativa*.

El rigor penológico de la sedición debe ser vara de medir de su necesaria inaplicabilidad a los hechos probados de la Sentencia. Resulta obligada una **interpretación restrictiva** del tipo y en todo caso el análisis de una eventual cobertura por alternativas más ponderadas que nos remitirían, con total seguridad, al delito de desobediencia a la autoridad.

Desde la perspectiva de protección de derechos fundamentales y de la legalidad penal la Sentencia ofrece una interpretación concreta inasumible.

En primer lugar, la Sentencia **no define en hechos probados conductas concretas de alzamiento** que permitan, en términos de congruencia con la aplicación del derecho, validar el juicio de subsunción típico, **ni se vinculan con la actuación de los acusados** en términos de contribución criminal, **ni se**

³³ El derecho penal del enemigo es *la negación del derecho penal* en palabras de la STS de 20 de julio de 2006.

³⁴ DUFF, A., *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, 2018.

relacionan con actos de violencia u hostilidad concretos, ni con la **existencia de fines unitarios** orientados al resultado (cortado) de la sedición.

Cuanto a la actuación de la ciudadanía, la construcción de la tesis de la “abducción” o control mental no encuentra base probatoria alguna ni la explicita la Sentencia, amén de resultar altamente criticable como fórmula de aproximación psicológica de la acción de los manifestantes y votantes.

El Auto de 29 de enero de 2020 insiste en dicha tesis del “tumulto irresponsable” para referirse a casi 2 millones de votantes del 1-O que habría actuado bajo *error exonerante* (página 42 del Auto), olvidándose de los 300.000 ciudadanos que votaron la opción “no” y criminalizando una movilización política, esto es, el ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Respecto del día 20 de septiembre ninguno de mis mandantes se halla vinculado en Hechos Probados mediante acción alguna. Ningún acto vinculado con la concentración del 20-S se relaciona con los Sres. Junqueras o Romeva. Raül Romeva **ni tan siquiera estaba en Barcelona.**

La responsabilidad penal es individual por hechos propios.

Tampoco se describe actuación alguna de mis mandantes en la reunión de 28 de septiembre de 2017 con los Mossos d’Esquadra. Raül Romeva **ni tan siquiera estaba en dicha reunión.**

Respecto del día 1 de octubre se dice, de forma genérica, que los Sres. Junqueras y Romeva *expresaron por los medios sociales (sic) mensajes de **solidaridad, afecto y compromiso y expresiones de agradecimiento, animando a la participación activa en el referéndum declarado ilegal, y estimulando la presencia masiva de ciudadanos en las urnas, pese a conocer que las Fuerzas de Seguridad del Estado habían recibido la encomienda específica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de impedir su celebración*** (página 48 de la Sentencia).

La condena punible es, para la Sentencia cuestionada, “estimular” a la ciudadanía a votar.

Sin embargo, respecto del referéndum del 1 de octubre, la Sentencia efectúa un discurso falaz de una artificialidad que no puede pasar inadvertida, como fórmula

para describir una simple desobediencia a la autoridad invirtiendo la descripción fáctica de forma sugestiva pero inasumible.

Dice la Sentencia que *en diversos lugares* (sin decir cuáles) *de la geografía catalana se produjeron enfrentamientos* (sin decir cuáles) *entre miembros de las fuerzas de seguridad* (sin decir qué concretos miembros) *y ciudadanos* (sin decir qué concretos ciudadanos) *que participaban en la **emisión de voto**, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes* (página 55 de la Sentencia).

El argumento se construye sobre **premisas tergiversadas** puesto que la ciudadanía no fue a impedir la labor policial sino que fue a votar. Esa era su **intención declarada** y esa era su **intención compartida** con mis mandantes: la emisión de voto. Si la ciudadanía hubiera tenido por objetivo “impedir la labor policial”, en caso de que, por la razón que fuera, la policía hubiera suspendido el operativo a primera hora de la mañana, la ciudadanía se habría quedado en su casa. Pero es obvio que no ello no fue así. Los ciudadanos fueron a votar, con o sin presencia de la policía, con independencia incluso de la validez jurídica de su voto, y sin ninguna intención de provocar ningún altercado o tumulto.

No existe por tanto alzamiento en el sentido de sublevación pública violenta orientada al fin típico, ni ello se deriva de los hechos probados.

Los votantes no fueron a impedir la actuación policial, fue la policía la que se dirigió a **impedir el voto** y cualquier actuación de **reacción** de los votantes debe ser analizada, conforme a la ley, como una presunta desobediencia o resistencia a la autoridad.

La gente no “intentaba a toda costa impedir el cumplimiento de una resolución judicial”, sino que fue a votar y, ante la presencia de la policía que intentaba impedirselo, alguna gente “se resistió” de forma pasiva y esporádica al cumplimiento de sus órdenes, cosa bien distinta.

Actualmente y de acuerdo con los estándares legales internacionalmente reconocidos, esto es, la jurisprudencia que interpreta el CEDH y la CDFUE y los principios de actuación de la policía democrática, los hechos del 1-O no podían ser reprimidos de la forma en que lo fueron ni era previsible que ello llegara a suceder.

Lo que era previsible es que el Estado no reconociera, como no lo hizo, la validez legal e incluso política del referéndum de independencia, pero ni era previsible ni era tolerable la violencia desatada contra la ciudadanos que participaron en la votación.

Desde esta perspectiva, el artículo 479 CP (aplicable al delito de sedición de conformidad con el artículo 549 CP) no constituye una habilitación legal para la represión de la ciudadanía de forma incompatible con el CEDH.

Y en modo alguno puede convalidarse un análisis de los hechos que **deje a criterio y en manos de la policía la concurrencia de los elementos del delito de sedición** a través de su control sobre la decisión de utilizar o no la fuerza frente a la ciudadanía. Si ello fuera así, cualquier manifestación ciudadana podría ser finalmente declarada sedición por el hecho de que la policía optara por reprimirla por la fuerza.

Atribuir a la policía el papel de delimitador de la respuesta penal frente a actos de expresión, manifestación, reunión y protesta ciudadana contradice la más básica esencia del Estado democrático y de derecho, así como los principios informadores de la responsabilidad penal.

Lo que resulta aún más **determinante** es que los episodios anecdóticos de resistencia a la actuación de los agentes de la autoridad **no estaban planificados, organizados o controlados** por mis mandantes, ni se ha determinado en hechos probados que ello sucediera.

No hubo ningún plan organizado para impedir a la policía realizar sus funciones, sino la organización de un referéndum, acción no constitutiva de delito, como se desarrollará más adelante, y que de forma ocasional pudo dar lugar a alguna acción no organizada ni ordenada de resistencia pasiva, en la que mis mandantes no tuvieron ninguna implicación, como de hecho ha quedado de manifiesto por la falta de prueba presentada relativa a este punto a lo largo del juicio oral.

El alzamiento sedicioso es sólo aquel que es activo, que es violento y que va **dirigido al fin típico**, y no tiene nada que ver con una manifestación como ejercicio de un derecho ciudadano, por más efectos incómodos que ello pueda suponer.

La gente no salió de sus casas a “enfrentarse a las autoridades o a sus agentes” y en todo caso la finalidad de su comportamiento no era unitaria ni podía construir el dolo del delito de convergencia que supone la sedición. No entenderlo así sería, amén de irregular, una forma de reconstrucción ficticia (y no basada en pruebas) de la historia.

En ese esquema, los acusados tampoco se “alzaron” en ninguna de las modalidades de participación criminal admitidas en derecho, ni ordenaron hacerlo a nadie, ni podían prever que la policía iba a actuar mediante una represión violenta inusitada ante ciudadanos que iban simplemente a votar en clara oposición al mandato del artículo 104.1 CE.

Todas las invitaciones, propuestas e ideas de mis mandantes para el día 1-O se dirigieron a **fomentar la participación** en el voto, alertando de la necesidad de compatibilizarlo con la paz pública, en el convencimiento de la ausencia de cualquier reproche penal de sus acciones y sobre la defensa de su ética pacífica y cívica. Nada aparece en la relación de hechos probados que sugiera lo contrario.

Mis mandantes sólo pueden responder penalmente por sus actos y no pueden ser sancionados a partir de teorías sobre la “peligrosidad de la masa”.³⁵

No describen los hechos probados ninguna situación de irresponsabilidad de los votantes, ni de utilización de los votantes como herramienta del alzamiento violento, ni ningún hecho que permita la aplicación de categorías dogmáticas de dominio del hecho. La autoría mediata resulta técnicamente imposible y da lugar, por lo tanto, a la extraña situación de una actuación material irresponsable (la de los manifestantes y votantes de los días 20S y 1O) que genera, de forma indebida, una condena de los “inductores o promotores” **prohibida por el principio de la accesoriad limitada** de la participación criminal.

El Auto de 29 de enero de 2020 no puede ahora pretender complementar la Sentencia apelando por primera vez de forma explícita a la *autoría recíproca* (página 42 del Auto).

³⁵ Así lo defendía ya TIEDEMANN en *Beteiligung an Aufruhr und Landfriedensbruch*, 1968, cuando criticaba el párrafo 125 del StGB que hasta 1970 sancionaba al participante en un delito de desórdenes públicos, aunque no realizara actos típicos.

Aunque la estructura del tipo sancione en términos de autoría diferentes participaciones, el problema reside en la imprescindible necesidad de encontrar autores materiales que cumplan con el verbo típico “alzarse” y la Sentencia materialmente no describe un “alzamiento” típico ni cuestiona la actuación de la población movilizada.

Es evidente que una interpretación coherente del delito analizado que tenga en cuenta la penalidad asociada y el bien jurídico protegido no puede concebir el “tumulto” sin referencia alguna a un grado de violencia o desorden especialmente grave.

El levantamiento sedicioso sólo puede implicar la utilización de violencia, pues la sedición adjetiva con el “tumultuario”, noción vinculada a la “abierta hostilidad” o “agresividad”, y no se describe en Hechos Probados ningún acto típico de violencia subsumible en una interpretación previsible de la sedición, ni ningún acto de promoción (que son los atribuidos a los acusados) en la línea de una actuación hostil o violenta.

Es la propia Sentencia la que desconecta los actos de violencia puntuales de la intención o promoción de los acusados, más allá de no describir lesiones, amenazas graves, ni reseñar detenciones ni actos que colmen la antijuridicidad de un tipo penal que prevé un marco de pena de hasta 15 años de prisión.

Lo que resulta altamente criticable es que se aproveche el ATS de 29 de enero de 2020 (desestimatorio de los incidentes de nulidad) para insinuar que hubo policías lesionados (página 39), sin que ello haya sido analizado en la Sentencia ni se haya atribuido a dicha hipótesis un significado típico, sin analizar la pericial médica que cuestionó la realidad y etiología de las lesiones y, en definitiva, sin razonar dicha inferencia.

No podemos dejar de resaltar lo obvio: el día 20-S hubo 40.000 personas y ningún herido ni ningún acto de hostilidad significativo, más allá de la puntual actuación dañina (daños en vehículos) desconectada del actuar común; y el día 1-O más de 2 millones de personas protagonizaron un acto de manifestación y participación popular pacífico que no dio lugar (no se da por probado en modo alguno) más que alguna anecdótica perturbación de la actuación cívica comúnmente compartida por los votantes.

Cuanto a los hechos tal y como han sido probados, resulta evidente que la policía tanto el 1-O como el 20-S pudieron llevar a cabo sus actividades. No existió ni consta definida en Hechos Probados ninguna perturbación grave del orden público más allá de interpretaciones voluntaristas que la vinculan al exclusivo dato del “número de manifestantes”, por lo que el bien jurídico permaneció indemne.

Y es que precisamente el TS en su Sentencia fundamenta la antijuridicidad de las manifestaciones ciudadanas en **dos elementos**: su carácter “masivo” y su carácter “planificado”.

Es la hostilidad, aceptada por el autor y ejercida como medio para el fin típico, y no una responsabilidad objetivada a partir del **número de ciudadanos** que comparten una expresión de protesta lo que se acercaría a los contornos de un delito como el de la sedición, en términos de atribución de responsabilidad culpable respetuosos con el artículo 7 CEDH.³⁶

La Sentencia cae, por tanto, en un error incompatible con los principios del derecho penal democrático cual es la automática criminalización de la actuación grupal, reflejo del “miedo al grupo” o “a la ciudadanía” tan propio de concepciones autoritarias tanto del orden público como del derecho en general. El derecho penal de autor se torna en **derecho penal de los autores**.

La Sentencia no razona por qué un acto de manifestación ciudadana, relativo a una cuestión de interés público,³⁷ por el hecho de ser multitudinario (es decir, con un apoyo ciudadano relevante) y promovido por organizaciones políticas y sociales, merece el reproche previsto en el tipo penal.

El **bien jurídico protegido** por la norma es el **orden público**, y el orden público en un Estado social y democrático de derecho debe ser concebido como un espacio de tolerancia del ejercicio y manifestación de las libertades y derechos básicos de los ciudadanos.

³⁶ El artículo 7 CEDH presupone el establecimiento de un nexo mental que revele un elemento de responsabilidad en la conducta del autor, por todas la STEDH G.I.E.M. s.r.l. y otros c. Italia, de 20 de junio de 2018 [GS], §242.

³⁷ Que la discusión sobre la independencia de Catalunya es una materia de **claro interés público** ya lo declaró la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018, §36.

El orden público, hoy día, tiene también como finalidad garantizar el *ejercicio de los derechos de los ciudadanos que permita la participación activa plena de estos derechos en sociedad*.³⁸

Este Excmo. Tribunal debe considerar en qué contexto político y social se efectúa hoy día la interpretación de la ley por la ciudadanía como base de la culpabilidad, y confirmar una interpretación que huya de la concepción atávica que podía haber inspirado al legislador al tiempo de definir la conducta años ha. Así lo entiende también el TEDH.³⁹

Más allá de las consideraciones que se efectuarán en sede de derechos relacionados con el artículo 24 CE y que pueden concurrir en la voluntad impugnativa de esta parte, debe concluirse que la aplicación del derecho efectuada en la Sentencia resulta inaceptable y es ajena al respeto a la legalidad penal entendida de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los hechos ocurridos el 20 de septiembre y el 1 de octubre de 2017 constituyen un ejercicio legítimo de un derecho democrático fundamental, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho derivado de protesta. Defender la celebración de un referéndum, incluso a pesar de su prohibición, no equivale a organizar un “alzamiento tumultuario”.

Así, el ámbito de ejercicio legítimo de un derecho constitucional impone un **límite externo** claro e indiscutible a la interpretación jurisprudencial del tipo penal. Dada la primacía constitucional de la que gozan los derechos fundamentales referidos, toda interpretación del tipo penal de sedición que implique un recorte en el ámbito de ejercicio de dichos derechos resulta constitucionalmente inadmisibile.

En un potencial conflicto entre una interpretación extensiva de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, unos derechos que resultan además de la máxima importancia para el sistema democrático, y una interpretación extensiva de un tipo penal, resulta evidente que nuestro

³⁸ Así lo defiende, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ en *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*, Barcelona, 2001.

³⁹ Con relación al artículo 7 CEDH analiza el “contexto” en la interpretación de la ley la STEDH Liivik c. Estonia, de 25 de junio de 2009, §97.

ordenamiento constitucional obliga al juez penal a optar por la primera, y restringir concordantemente la interpretación del tipo penal, máxime cuando no se halla en juego la violación de los derechos fundamentales de ningún otro ciudadano, ni de ningún otro valor constitucional esencial, como efectivamente no se hallaba en ninguna de las dos fechas aludidas, de conformidad, además, con las limitaciones impuestas por los artículos 18 CEDH y 52.1 CDFUE.

Aunque a juicio de esta parte las acciones mayoritarias de las dos fechas clave en estos hechos, el 20 de septiembre de 2017 y el 1 de octubre de 2017, son a todos los efectos ejercicios claros y no problemáticos de los derechos fundamentales de reunión, manifestación, libertad de expresión y protesta, comparables en todos los aspectos a los de cualquier otra jornada de movilización de las muchas que se han vivido recientemente en Cataluña, incluso si alguien albergara dudas a este respecto, sería necesario mantener una interpretación restrictiva del tipo penal de sedición que descriminalizara dichas conductas, para preservar así el espacio conocido como espacio de “relajación” o “enfriamiento” de los deberes legales y más concretamente penales de la ciudadanía, como se explicará más adelante.

4.3 DESTIPIFICACIÓN DEL DELITO DE REFERÉNDUM

La convocatoria y promoción de un referéndum, incluso ilegal, no constituye delito y la Sentencia no da respuesta suficiente, desde el prisma de los derechos fundamentales implicados, a la destipificación del delito de referéndum ilegal acaecida en el año 2005.

El planteamiento del Tribunal sentenciador reconduce el debate al terreno de la concurrencia de delitos mediante una interpretación que anula la voluntad del legislador expresada en la codificación.

El debate debe ser abordado ahora desde el prisma de la previsibilidad en la interpretación de la ley penal y la Sentencia sustituye indebida y sorpresivamente el criterio del legislador e invade sus competencias, dando lugar a una interpretación del Código Penal inasumible.

La Ley Orgánica 2/2005 derogó el artículo 506 bis CP y las consecuencias derivadas de la ausencia de reproche penal de las conductas allí sancionadas

de acuerdo con el principio de *ultima ratio* deben tener repercusión en el análisis de encaje de los hechos probados.

La exposición de motivos de la ley (transcrita también en la página 225 de la Sentencia) apelaba de forma explícita a la **Ultima Ratio** como principio inspirador del sistema penal, diciendo: *Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que **no tienen la suficiente entidad** como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de **intervención mínima y proporcionalidad**, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay **otras formas de control** de la legalidad diferentes de la vía penal. Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es **perfectamente controlable por vías diferentes a la penal** (...) En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.*

El Tribunal Supremo prescinde en la aplicación de la ley de la determinación legislativa sobre la tipicidad de la convocatoria y promoción de un referéndum ilegal e impide la efectividad de la decisión contenida en la Ley Orgánica mencionada.

A juicio de esta parte, la destipificación de las conductas incriminadas bajo el artículo 506 bis CP derogado habría de comportar incluso la irresponsabilidad penal de la aplicación de fondos públicos a tal finalidad al ser conductas naturalmente cubiertas por las que en su día fueron tipificadas bajo dicho precepto hoy anulado.

Y es que a causa de dicha destipificación la convocatoria, organización, participación y ejecución del referéndum del 1 de octubre de 2017 (por no decir la pregunta formulada en el mismo y la finalidad perseguida) se tornan en

irrelevantes tanto para la declaración de hechos probados como para el juicio de tipicidad penal.

Si la ley no puede aplicarse al caso (4.1 CP) otra cosa es que se considere que el caso merece sanción (4.2 CP) a través de propuestas a formular al legislativo, pero ello no autoriza a una interpretación desmesurada del ámbito de lo típico.

La Sentencia defiende con precipitación su argumento diciendo que el artículo 506 bis CP *no preservaba otra cosa que el principio de competencia en el reparto de la potestad político/administrativa de convocatoria de un referéndum o consulta popular* (página 225 de la Sentencia).

Ello resulta incongruente con la voluntad del legislador explicitada en la ley y con la severidad de la respuesta penal que se determinó en su día para el delito de referéndum ilegal (hasta 5 años de prisión) que dista mucho de ser reducida a un *conflicto competencial entre autoridades* (página 226 de la Sentencia).

Lo que en realidad efectúa la Sentencia, ante la destipificación explícita y concreta de los hechos declarados probados, es aplicar como “cajón de sastre” la normativa de la sedición como infracción inconcreta que genera una reacción penal severísima y desproporcionada (hasta 15 años de prisión). El TS utiliza el precepto penal cuestionado con una finalidad distinta a la prevista por la ley, en claro perjuicio de mis mandantes.

La inexistencia de precedentes que den sustento a la interpretación de la Sentencia, añadida a la confrontación de los hechos con la evidente destipificación producida, demuestra la existencia de una interpretación extensiva incompatible con el principio de legalidad.⁴⁰

4.4 PROPORCIONALIDAD

Los hechos constitutivos de la supuesta sedición se adornan en la Sentencia y se describen de formas variadas. Se dice, en síntesis, que “los acusados crearon una legalidad paralela y animaron a la ciudadanía, en pos de sus ideales políticos, a evitar mediante actuaciones multitudinarias la efectividad de resoluciones judiciales y la actuación de agentes de autoridad”.

⁴⁰ Un razonamiento análogo se efectúa en la STEDH Parmak y Bakir c. Turquía, cit., §76.

Pero los hechos, sin añadidos ni más apasionamiento que la descripción fáctica, se resumen en:

- El dictado de normas que fueron puntualmente declaradas inconstitucionales por este Excmo. Tribunal.
- El apoyo o promoción de una concentración el día 20-S que dificultó un registro judicial.
- La promoción de una votación declarada ilegal el día 1-O.

Con relación a la tan repetida “legalidad paralela” (ley de referéndum y de transitoriedad jurídica) resultará evidente para el Tribunal al que nos dirigimos que las normas declaradas inconstitucionales dejaron de ejercer efectos legales por mor de su declaración de inconstitucionalidad y que no dieron lugar en modo alguno a intentos de darles cumplimiento.

El ATS de 29 de enero de 2020 es meridianamente claro al respecto. Se dice que las leyes de septiembre de 2017 tenían una *irrelevante funcionalidad* (página 18) y que el desplazamiento del orden constitucional era *meramente formal* (página 24). Es incontestable que las leyes eran técnicamente inválidas y sin efecto jurídico alguno por más que reflejaran un posicionamiento político e ideológico legítimo.

Los acusados, respecto del cargo de sedición, han sido condenados, en suma, por **apoyar dos concentraciones ciudadanas multitudinarias de protesta y votación** amparadas por los derechos fundamentales de reunión y participación política. No se trata únicamente de que dichas acciones no pueden ser constitutivas de delito debido a la protección constitucional al ejercicio de derechos fundamentales, sino que en el caso de ser sancionadas algunas de las conductas esporádicas y marginales acaecidas en las fechas del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, la **pena impuesta resulta desproporcionada** con respecto al supuesto daño cometido sobre los bienes jurídicos protegidos, esto es, el orden público. La penalidad aparejada a tales hechos se ha determinado en 13 y 12 años de prisión para mis mandantes, gravedad extrema dentro de los delitos contra el Orden Público.

Con ello, el Tribunal Supremo efectúa una interpretación del delito de sedición que genera una consecuencia legal desproporcionada respecto de los hechos

declarados probados en contravención de los principios informadores de un sistema penal democrático.

No debe olvidarse la expresa vinculación que se efectúa, en sede de legalidad penal, entre la necesaria proporcionalidad entre la intensidad de las penas y la infracción penal analizada (49.3 CDFUE), proporcionalidad que la Sentencia destruye sin justificación atendible.

Una condena extremadamente desproporcionada afectaría a la esencia misma de la dignidad humana y podría dar lugar a la violación del artículo 3 CEDH y la pena asociada a la sedición es tan grave que se ha dicho de ella que genera sospecha de *exacerbada severidad de la reacción penal*.⁴¹

No todo lo que es ilegal es delito y de hecho el principio de *ultima ratio* aboga por restringir la reacción penal a aquellos atentados que precisan de ese “último y excepcional recurso”. Una interpretación demasiado amplia de los tipos penales puede generar espacios de criminalización excesivos.⁴²

El ordenamiento debe prever un espacio de ejercicio legítimo de derechos fundamentales, un segundo espacio de “relajación” o tolerancia que debe ser separado del tercer espacio relativo a la zona de ilegalidad, dentro de la cual existen dos esferas: la de mera ilegalidad y finalmente la zona límite relativa a la ilicitud penal.

La proporcionalidad es clave porque se relaciona con el **respeto a la esencia del derecho** afectado o restringido y la condena se produce frente a conductas que son la manifestación de actos de protesta ciudadana amparados por los derechos fundamentales que en el presente escrito se reseñarán. La proporcionalidad también debe vincularse a la **intensidad de la puesta en peligro** del bien jurídico, que la propia Sentencia descarta al establecer un relato de hechos en los que no está presente ningún resultado lesivo, ni alteración de la paz pública, ni la existencia de resultados antinormativos que no pudieran haber sido contenidos de forma eficaz mediante el control de constitucionalidad.

No llegó a producirse lesión alguna en el bien jurídico protegido, en términos de la propia Sentencia, **ni se generó un riesgo relevante** de que se produjera. El

⁴¹ GÓMEZ RIVERO, M.C., obra cit.

⁴² Así en la STEDH Liivik c. Estonia, cit., §100.

bien jurídico del que hablamos, al tratarse de un delito de sedición, es el orden público. Pero la lesión que debería haberse producido, a tenor de la respuesta sancionadora, debería haber sido extremadamente grave.

El Tribunal Supremo se aparta de los principios internacionalmente compartidos por los Estados democráticos en su respuesta a los hechos probados al no determinar un contenido del delito de sedición que garantice la proporcionalidad en la respuesta penal.

Que el principio de legalidad penal está íntimamente relacionado con la noción de democracia resulta evidente precisamente ante la existencia, en el artículo 7.2 CEDH, de una modulación al principio relacionada con la vigencia última de los valores propios de la sociedad democrática.

El respeto escrupuloso por el principio de legalidad, y por el ideal más general del estado de derecho, no son sólo mandatos inequívocos de la CE sino también precondiciones absolutamente necesarias para la implementación y desarrollo de cualquier principio democrático.

En tal sentido, es bien sabido que no todos los estados que defienden de alguna forma el principio de legalidad y el ideal del estado de derecho tienen formas de gobierno democrático. Dicho de otro modo, no toda comprensión del principio de legalidad y del estado de derecho tiene un fundamento democrático.

La CE y los principios vertebradores de la Unión Europea nos obligan a optar por una comprensión de la legalidad que sea estrictamente democrática. En este sentido, y entre muchas otras implicaciones, es importante recalcar la prohibición absoluta del uso de construcciones doctrinales como la del **derecho penal del enemigo**, la tolerancia del *lawfare*, o el **abuso de poder** en la restricción de derechos fundamentales (en contravención con el artículo 18 CEDH). La interpretación del principio de legalidad debe ser la más favorable y extensiva para los derechos fundamentales, aún más tratándose de los derechos políticos fundamentales.

Más allá de la inexistencia del delito de sedición en los países de *common law* y con referencia al entorno de la Europa continental, el tratamiento de hechos como el enjuiciado distan mucho de la severísima respuesta efectuada por la Sentencia que cuestionamos. Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno

inmediato sancionan con penas muy inferiores a las impuestas en la Sentencia hechos que, además, requieren de ordinario el recurso a la violencia física o intimidación graves, en ocasiones con la exhibición y uso de armas.

Dicha cultura jurídica no puede ser ajena a la configuración de los criterios de previsibilidad en la interpretación de la ley penal, así como a los de proporcionalidad de conformidad con los principios de la UE y los derechos fundamentales previstos en la CDFUE.

Uno de los objetivos de la Unión Europea es la creación de un espacio de libre circulación que proteja la seguridad jurídica a través de la armonización de los sistemas legales de sus estados miembros, y que además proteja los derechos fundamentales de todos los ciudadanos de la Unión, y en particular de aquellos que poseen una naturaleza política y democrática.

En Alemania se abandonaron hace años fórmulas de incriminación severas y predemocráticas de fenómenos como los enjuiciados. Actualmente sólo existe tratamiento penal, con penalidad “menos grave” en términos del artículo 33.3 del CP español, de hechos similares a los que prevé el delito de desórdenes públicos (así el delito de *Landfriedensbruch* del párrafo 125 StGB) mientras en Suiza el artículo 285-1 de su Código Penal establece pena de multa o alternativamente de prisión hasta 3 años para supuestos análogos a los que tipifica el artículo 544 del CP español.

En Francia el tratamiento sigue siendo “menos grave” y sólo para supuestos como el del artículo 433-6 del Código Penal francés en los que incluso se prevén modalidades de utilización de armamento. En Bélgica, salvo supuestos de utilización de armamento, las conductas calificadas de “rebelión” (tipo penal más próximo al de sedición español) son acreedoras de penas de prisión máximas de 5 años.

El Tribunal Supremo debía haber optado por una interpretación del tipo que mantuviera la necesaria proporcionalidad entre los hechos probados y el reproche penal expresado por la pena.

La Sentencia, en definitiva, afronta una protesta y manifestación política no violentas con una reacción penal imprevisible y desproporcionada.

Ello supone en la práctica una afectación de los principios democráticos más básicos de nuestro ordenamiento constitucional, puesto que implica un recorte inaceptable de los derechos fundamentales de reunión, manifestación, libertad de expresión, libertad ideológica y derecho a la protesta.

En efecto, según el criterio interpretativo jurisprudencial establecido por la Sentencia, toda movilización masiva, generalizada en un territorio y proyectada estratégicamente puede terminar constituyendo un alzamiento tumultuario constitutivo de delito de sedición, si es que se incorpora el elemento de impedir a alguna autoridad pública el ejercicio de sus funciones. El **efecto desaliento** resulta manifiesto.

Con esta interpretación extensiva, imprevisible y desproporcionada del tipo penal el Tribunal sitúa al sistema penal español en un escenario de desprotección de derechos fundamentales, quedando desalineado respecto a los sistemas democráticos de nuestro inmediato entorno en todo lo que concierne a la respuesta frente a fenómenos políticos disidentes.

El principio de intervención mínima es un límite al *ius puniendi* del Estado democrático. La reacción penal no es necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, **cuanto menos lesivos mejor.**

La vulneración del derecho a la legalidad debe ser interpretada, por tanto, de conformidad con la afectación que la interpretación de la Sentencia supondrá para los derechos civiles y políticos implicados, tal y como se desarrollará en los siguientes apartados.

El Tribunal Constitucional tiene la oportunidad de elevar la valoración de derechos fundamentales y, por tanto, resituar la respuesta penal dentro de límites tolerables con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

QUINTO. - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

La Sentencia, en su determinación y valoración de los hechos, ha dado lugar a una serie de violaciones de derechos fundamentales de los condenados, y concretamente, de varios de sus derechos democráticos básicos.

Por derechos fundamentales democráticos básicos debemos entender los derechos de participación y de sufragio activo y pasivo (23 CE y 3/P1 CEDH), así como los derechos básicos de crítica y protesta, que en los términos de la CE abarcan el derecho de libertad de expresión cuando lo expresado tiene naturaleza política (20 CE y 10 CEDH), la libertad ideológica (16 CE y 9 CEDH), el derecho de reunión y manifestación (21 CE y 11 CEDH) y el derecho de asociación.

La **democracia**, en la célebre definición de Lincoln en el Discurso de Gettysburg, es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La democracia moderna, aquella que ha ido desarrollándose en los últimos dos siglos, es ante todo una democracia representativa, y por ello ha sido identificada, en su núcleo, con la existencia de elecciones periódicas libres.

Pero una democracia avanzada es mucho más que eso. En los últimos dos siglos ha ido desarrollándose, gracias a las ideas de autores como Montesquieu, Constant, Madison, Jefferson, Mill, Tocqueville, Dewey, Kelsen y, más recientemente Dahl, Bobbio, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Ackerman o Pettit, entre muchísimos otros, el concepto de **democracia constitucional**.

Esta idea de democracia constitucional incluye entre sus principios fundamentales los de estado de derecho, separación de poderes, imperio de la ley, igualdad de consideración y respeto o no discriminación, pluralismo político, y la protección de derechos y libertades fundamentales. A dichos principios dedica la CE sus títulos preliminar y primero, igual que lo hacen el resto de constituciones democráticas del mundo.

La democracia no puede, por tanto, reducirse a una aplicación simplista de la regla de mayoría, ni siquiera dentro de un régimen parlamentario representativo, sino que requiere del respeto escrupuloso a la separación de poderes, el imperio

de la ley y la protección y garantía de los derechos fundamentales civiles y políticos.

Entre esos derechos fundamentales civiles y políticos encontramos los derechos y libertades que han sido consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Europea de Derechos Humanos, además de por todas las constituciones democráticas del mundo, entre ellas, la española. Estos derechos y libertades incluyen centralmente el derecho a la vida y la integridad física, el derecho a la libertad básica y la prohibición de la esclavitud o la tortura, el derecho a un juicio justo, la libertad ideológica y de conciencia, la libertad religiosa o la libertad de expresión, entre muchas otras. Si un estado no protege convenientemente estos derechos y ofrece suficientes garantías jurídicas y judiciales, deja de ser un estado democrático.

Siendo la idea de democracia constitucional gradual, no todos los derechos y libertades importan de la misma manera y con la misma intensidad para alcanzar un estándar mínimo de democracia. El derecho a la intimidad y privacidad resulta importantísimo, pero sin embargo el ideal de democracia constitucional se ve lesionado en mayor medida si no se protegen adecuadamente los derechos y libertades civiles y políticos que tienen un contenido más netamente democrático.

Y así, siguiendo a John Rawls o Jürgen Habermas, pasando por Robert Dahl, Philip Pettit, Martha Nussbaum y tantos otros, una genuina democracia debe promover una **concepción extensiva de los derechos y libertades** democráticos básicos que hagan posible el desarrollo de una deliberación pública de calidad, que instituyan mecanismos diversos y efectivos de participación ciudadana, así como de rendición de cuentas y control, e incluso de democracia directa.

La democracia avanza sobre la base de círculos concéntricos. Por usar la expresión que acuñó Peter Singer para referirse a la ética, la democracia viene a ser un *expanding circle*. Necesariamente en un principio la democracia debe instaurarse asegurando derechos básicos y mínimos que garanticen algunas libertades fundamentales. Pero muy pronto la conquista de estas primeras libertades básicas permite comprender que el mismo ideal de democracia que

se perseguía desde el principio es en realidad más exigente de lo que se suponía. Las nuevas exigencias sólo son perceptibles una vez se ha consolidado un núcleo concéntrico primario. Pero una vez que son percibidas ya no pueden tener marcha atrás, y la democracia no puede concebirse nunca más sino es incluyendo este nuevo nivel de principios y derechos. Por ejemplo, durante siglos se pensó que la democracia era compatible con la exclusión del sufragio activo de amplios sectores sociales, como las mujeres, los analfabetos o las minorías étnicas, pero hoy en día ello parecería arbitrario y lesivo para la legitimidad democrática. Lo mismo ocurre con los mecanismos de transparencia pública, de rendición de cuentas, o con los sistemas de control institucional y ciudadano.

En el **núcleo más primario** de la democracia, antes incluso de los propios derechos de sufragio activo y pasivo, encontramos un derecho político fundamentalísimo que es el **derecho de crítica y protesta**, especialmente frente a las decisiones del poder. Por ello en regímenes que no son todavía democráticos, incluso en los que no están reconocidos jurídicamente los derechos de reunión, manifestación, asociación o libertad de expresión, se tolera y convive con determinados grados de crítica y protesta social. La crítica pública, la protesta y la movilización son, de hecho, los grandes motores de democratización de la historia. El derecho de protesta es el derecho a reclamar la garantía de otros derechos. Podemos pensar en el ejemplo de las sufragistas que durante décadas se movilizaron y protestaron para conseguir justamente los derechos de sufragio activo y pasivo.

Tal y como lo afirma Philip Pettit, el autor que mejor ha explicado esta idea nuclear de la democracia (y uno de los más importantes filósofos políticos vivos), el poder constituido, incluso aunque sea democrático, posee siempre un margen de discrecionalidad en sus decisiones que hace inevitable que algunas de ellas sean injustas. Para evitar la discrecionalidad y la dominación que dichas injusticias podrían comportar, es necesaria *la introducción sistemática de posibilidades de disputar (“contest”) los actos del estado por parte de la gente corriente. Lo que es importante*, prosigue Pettit, *es asegurar que los actos del*

*estado puedan sobrevivir a la contestación popular, no que sean el producto de la voluntad popular.*⁴³

Todos los teóricos de la democracia modernos y contemporáneos admiten, incluidos los más moderados, que el núcleo más esencial de los derechos democráticos, previo incluso al derecho de sufragio, es el derecho de crítica, protesta y resistencia.

Este núcleo primario de valores democráticos asociados a los derechos de protesta antecede a la democracia misma. Y en la filosofía política entronca con una tradición clásica, que viene de los tiempos de la república romana y las obras de Cicerón, pero que después sería recuperado por la escolástica española de Francisco de Vitoria, y por las obras revolucionarias del renacimiento y precursoras del pensamiento moderno: Maquiavelo y Hobbes. Se trata de la tradición del **derecho de resistencia**. Incluso en autores tan poco demócratas como el propio Hobbes, que teorizó el desarrollo del estado moderno en forma de monarquía absoluta y pre-democrática, dejó espacio para el derecho de resistencia de la ciudadanía frente a leyes que pudieran considerar injustas, esto es, leyes que vulneraran el pacto social alcanzado con el Leviatán.

En un segundo círculo concéntrico aparecen ya los **derechos civiles básicos**, como la libertad ideológica, la libertad de expresión, la libertad religiosa, etc., entendidos todavía de forma primaria y fundamentalmente como derechos negativos, así como también los derechos políticos de sufragio activo y pasivo. Con todas sus imperfecciones y limitaciones, muchos de estos derechos estaban reconocidos también por las democracias pre-modernas, como la ateniense, la romana o las ciudades-estado del renacimiento italiano.

En un tercer círculo concéntrico aparecen los **principios institucionales** liberales-republicanos, fruto del convencimiento que los derechos anteriores no pueden en realidad garantizarse de forma estable a menos que vengán acompañados de otros mecanismos. Se trata de los principios de estado de derecho, separación de poderes, imperio de la ley, derecho a un juicio justo, presunción de inocencia, el control judicial de constitucionalidad y demás mecanismos de “frenos y contrapesos”, como en la famosa expresión

⁴³ PETTIT, Philip. *Republicanism*, 1997: 357.

popularizada por el constitucionalismo estadounidense. Es el momento en que la democracia ya moderna se convierte en democracia liberal o constitucional. Que viene impulsada por el convencimiento de que de poco sirve disfrutar de una genérica libertad ideológica, religiosa y de expresión, y de un vago derecho a la crítica y a la protesta, si tales derechos no cuentan con garantías jurídicas constitucionales, y con todo un sistema judicial independiente que las protejan.

El cuarto círculo concéntrico, aunque se construye como las demás ampliaciones de este círculo que se expande permanentemente sobre la base de ideas, fundamentos y herramientas ya establecidas en círculos anteriores, supone una evolución definitiva que trata de expandir la democracia más allá de los límites de las instituciones mismas y de las propias garantías legales para llevarla a la esfera pública no institucional, a las calles, las plazas, los medios de comunicación, los cafés, los clubes, las asociaciones civiles, (hoy añadiríamos Internet y las redes sociales) a manos de una ciudadanía activa. Aunque con precursores del siglo XIX como Tocqueville y John Stuart Mill, este cuarto círculo se desarrolla ya entrados en el siglo XX, con las ideas sobre la importancia de la vida política activa por parte de los ciudadanos de Hannah Arendt, y la idea del debate público de calidad de John Dewey en los años 20, o con los amplios movimientos de protesta social en los años 60 y 70s, tanto en Europa como en Estados Unidos, y que tan bien teorizó, ya a fines del siglo pasado, Jürgen Habermas bajo la idea de **democracia deliberativa**. Además de consolidar y extender los derechos y principios de los círculos anteriores, Habermas describe perfectamente que la democracia no puede reducirse a una movilización ciudadana cada cuatro años que se limita a depositar un voto en unas urnas, sin tener siquiera demasiada idea de qué es lo que está votando o cuáles eran las opciones disponibles. Y mucho menos puede limitarse a aquello que ocurran dentro de las instituciones representativas, como el Parlamento.

Habermas ha sido el gran teórico de la democracia deliberativa, es decir, del valor esencial para la democracia de la esfera pública no institucional y de la importancia de contar con una deliberación pública vibrante y de calidad, con una ciudadanía activa que defienda sus propias libertades políticas básicas y luche por expandir sus derechos y limitar las injusticias. En sus propios términos, una democracia genuina debe funcionar sobre la base de dos niveles, ambos

absoluta e igualmente importantes, sin jerarquías posibles, que son el nivel institucional (el parlamento, el gobierno, las administraciones, el sistema judicial) y el nivel de la esfera pública no institucional. Y tan importante es que los derechos y libertades y que la deliberación pública vibrante y de calidad se garanticen y desarrollen dentro de dichas instituciones, como fuera **en las calles**, en los medios de comunicación y en los cafés. Es más, resulta absolutamente imprescindible que exista una buena interlocución entre estos dos niveles de participación democrática, tanto en el sentido de que debe haber un permanente diálogo entre instituciones y ciudadanos, entre representantes y representados, como de que los segundos deben permanecer vigilantes y criticar, controlar y, si es necesario, resistir, las decisiones potencialmente arbitrarias o injustas de los primeros.

Estos primeros cuatro círculos concéntricos conforman el estadio actual de evolución de los regímenes democráticos, y se hallan completamente asentados en las democracias más avanzadas del mundo, y hallan reflejo en las previsiones de la CE vigente. En ese contexto todas las formas no-violentas de protesta y resistencia deben ser en principio aceptadas, incluso la desobediencia civil.

Pero la democracia sigue su camino de expansión sin poder volver atrás ni tolerar regresiones de derechos de ningún tipo, un camino de progreso que ha sido conquistado siempre gracias a las luchas y movilizaciones populares.

El derecho penal democrático se inserta en dicha realidad y se encuentra jurídicamente subordinado, como no puede ser de otro modo, a la constitución y a sus valores y principios fundamentales. Así, el ámbito de acción que quede protegido por el ejercicio de derechos fundamentales queda absolutamente inmunizado frente a la prohibición penal. Es más, así como la justicia penal, en un marco liberal y democrático, tiene la obligación básica de interpretar los tipos penales y la imposición de penas de la forma más restrictiva posible, con la justicia constitucional ocurre precisamente lo contrario: los derechos fundamentales reconocidos por la constitución deben ser siempre interpretados de la forma más amplia posible. De este modo, los derechos constitucionales fundamentales son no sólo mutuamente excluyentes con respecto a las obligaciones penales, sino además jerárquicamente superiores.

Es, por tanto, obligación del juez penal interpretar el código siempre no sólo de la forma más restrictiva posible en virtud de los principios de tipicidad y taxatividad, sino también de forma que se maximice su compatibilidad con la interpretación más extensiva posible del ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y si esto es así en general con respecto a cualquier derecho fundamental constitucionalmente protegido, aún lo es con mayor razón con respecto a los derechos democráticos fundamentales que, como se ha dicho, resultan todavía más básicos y relevantes para el sistema democrático, por cuanto el área protegida por los derechos de participación y protesta se encuentran en el núcleo central de la idea de democracia constitucional y de la legitimidad del estado y del propio ordenamiento jurídico.

Podría parecer que la delimitación de la figura del tipo penal es absolutamente dependiente de la delimitación previa del perímetro de ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, esto no es así. Como es doctrina ampliamente consolidada, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (igual que en la Corte Suprema norteamericana, de la que deriva), entre el perímetro de protección constitucional del ejercicio de un derecho fundamental y la delimitación del área de prohibición de los tipos penales, es necesario que exista un espacio intermedio no punible penalmente pero tampoco atrincherado constitucionalmente. De dicha concepción parte la doctrina conocida como del “efecto desaliento” o *chilling effect* sobre la que se volverá seguidamente.

5.1 REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

La Sentencia, como corolario de un procedimiento judicial penal muy cuestionable en sus garantías, ha pretendido centrar el debate en unos términos que ocultan la verdadera trascendencia del pronunciamiento de culpabilidad, afectante al ejercicio de derechos humanos y con especial incidencia en la respuesta frente a movimientos políticos mayoritariamente respaldados pero críticos con el Estado y su propia configuración.

Así, la discusión sobre tipicidad penal y el relegamiento del debate sobre el respeto al derecho de reunión, de manifestación o de expresión al terreno de las causas de justificación, pretendía trasladar a la órbita más técnica del proceso penal lo que, en realidad, suponía un ataque frontal a derechos de la ciudadanía.

Ninguna de las defensas centró su posicionamiento en la justificación de los hechos (por más que pueda este Excmo. Tribunal también analizarlo así) sino en la interpretación misma del derecho penal a la luz de los derechos fundamentales, esto es, en sede de tipicidad.

El bien jurídico “orden público” como integrador de la defensa del ejercicio público de derechos fundamentales o la inclusión de tales derechos en la función de interpretación de la tipicidad penal, dan lugar a razones incuestionables que impiden la condena en los términos de la Sentencia discutida.

La Sentencia efectúa una larga disertación sobre derechos humanos, de corte formalista, que determina su material desprotección y que instaura una visión del sistema de derechos y garantías que se aleja de los estándares democráticos de países de nuestro entorno más próximo.

Con la Sentencia **se redefine, restringiéndolo, el alcance de algunos derechos civiles y políticos** y por ello la resolución no aguanta la más mínima crítica desde el punto de vista de los artículos 15, 16, 20 y 21 CE, de los artículos 3, 9, 10 y 11 CEDH y finalmente de los artículos 19, 21 y 25 PIDCP, y resulta por ello de imposible convalidación.

La Sentencia ha redefinido los derechos políticos y civiles de la ciudadanía promoviendo una versión de injustificable restricción en su ejercicio que contribuye, además, a un futuro desolador por mor de la condena impuesta a los acusados. Sólo su anulación puede recuperar la vigencia y efectos de protección de los derechos civiles invocados y restablecer (con el peaje de la irreparable lesión de derechos de mis mandantes) un escenario en el que la democracia no sufra.

A) CONTENIDO Y SIGNIFICADO DEL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

El derecho a reunirse y manifestarse recogidos en el artículo 21 CE, junto con el derecho de libertad de expresión del artículo 20 CE, forman parte esencial de los fundamentos de toda sociedad democrática. Tanto es así que en los estudios internacionales comparados sobre sistemas democráticos se incluye siempre como uno de los indicadores centrales el estado de garantía de los mencionados

derechos al mismo nivel que los propios derechos de sufragio activo y pasivo y las garantías sobre el proceso electoral.⁴⁴

Si bien es cierto que, como ha recordado este Excmo. Tribunal en jurisprudencia reiterada, los derechos fundamentales poseen un carácter limitado y no absoluto, esos límites deben ser muy excepcionales, han de ser necesarios para la preservación del propio fin perseguido por los derechos u otros valores constitucionales esenciales y observar un estricto criterio de proporcionalidad con dicho fin protegido.

El derecho a reunirse o a manifestarse *forma parte de los fundamentos de toda sociedad democrática y por ello los estados no tienen un margen de apreciación ilimitado en lo relativo al condicionamiento de su disfrute*⁴⁵, hecho que en definitiva tiene que ver con la prohibición del “abuso de poder” que se instaura en cláusulas convencionales como las de los artículos 18 CEDH o 52 CDFUE y que desde una perspectiva constitucional tiene también acogida en la doctrina de este Excmo. Tribunal.

La calidad de una democracia no depende únicamente de la calidad de sus procesos electorales y de la garantía del derecho de sufragio universal activo y pasivo, sino de la **protección efectiva y lo más extensiva posible de los derechos civiles**, y en especial los de libertad de expresión, reunión y manifestación, que conforman conjuntamente un perfil básico de derecho de protesta democrática.

La noción de orden público, ciertamente, ayuda a delimitar el contorno de tales derechos, pero ello resulta excepcional. Solo los estados autoritarios invocan el orden público para recortar severamente los derechos elementales de protesta antes mencionados. **En una democracia de calidad no es que la protesta deba ser tolerada, es que debe ser objeto de máxima protección** y cuidado por parte de todos los poderes públicos, incluidas las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado y el propio poder judicial.

Sin embargo, en la Sentencia la limitación de derechos por vía de una interpretación extensiva imprevisible del tipo de sedición se hace norma y así la

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el Democracy Index elaborado por The Economist Intelligence Unit: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>

⁴⁵ STEDH Barraco c. Francia de 5 de marzo de 2009, §42.

importancia que se le atribuye al derecho fundamental es **meramente formalista**, prólogo siempre de la aplicación de reglas de excepción no justificadas conforme a los parámetros internacionalmente establecidos de protección frente al abuso de poder de los Estados. La Sentencia no defiende en modo alguno ni tan siquiera considera los hechos como actos protegidos por el derecho de reunión.

Pero la defensa formalista de un derecho es ajena al canon de análisis efectuado por este Excmo. Tribunal y por el TEDH que intenta hacer de los derechos instrumentos de **protección efectiva**.

Ya hay muchas opiniones de autoridad que denuncian que la condena es una reacción injustificada respecto de los hechos enjuiciados, claramente desalentadora del ejercicio de derechos fundamentales y por ello este Tribunal Constitucional debe reflexionar para reconducir el debate sobre derechos humanos fuera de la limitada perspectiva de la justificación de conductas para trasladarlo a la esencia misma de la definición de la ley penal conforme a los principios inspiradores del Estado democrático y social de derecho.

El TS recorta con la Sentencia los derechos fundamentales analizados, estableciendo nuevos límites sobre los mismos derivados de una visión expansiva de la intervención penal que carece de precedentes recientes en España y en los países de nuestro entorno democrático en Europa.

La resolución que discutimos da lugar a la desnaturalización de los derechos humanos puesto que el delito de sedición (que prevé penas de hasta 15 años de prisión) puede utilizarse como fórmula de reacción frente a un ejercicio normal del derecho de reunión y manifestación o, en el peor de los casos, frente a la más simple o clásica desobediencia. Es el juez, según el TS, quien decide entonces mediante la emisión de resoluciones judiciales cómo se configuran los límites y cuál es el alcance de los derechos fundamentales, y ello atenta contra todos los principios democráticos y específicamente contra las normas de protección internacional de derechos humanos. Esas normas establecen un contenido mínimo de los derechos para que sean efectivos y permiten sólo aquellas restricciones que se sometan a los requisitos preestablecidos por ley y orientados a un fin lícito y necesario.

La aproximación del TEDH al análisis del derecho de reunión en muchas ocasiones se hace de forma conjunta con el ámbito de aplicación del artículo 10 CEDH, esto es, la **libertad de expresión** puesto que la conjunción de estos derechos de reunión, manifestación y expresión configura un perfil básico de derecho de protesta que resulta esencial a cualquier sistema democrático.

El artículo 11 CEDH tiene un ámbito de protección específico, pero en ocasiones *debe ser analizado conforme al artículo 10, por cuanto la finalidad del ejercicio de la libre reunión es la expresión de opiniones, así como la necesidad de garantizar la existencia de foros de debate público así como la libre expresión de la protesta.*⁴⁶

El asunto *Stankov*⁴⁷ ofrece una interesante guía para nuestro análisis debido a la existencia de importantes analogías. El caso versa sobre distintas organizaciones de la minoría macedonia que fueron objeto de restricciones en su intención de manifestarse. La prohibición provino no sólo de decisiones gubernativas sino también judiciales, orientadas a evitar riesgos contra el orden público, a la protección de derechos de terceros, específicamente cuestionando la legitimidad de acciones de apoyo a ideas secesionistas.

El TEDH recuerda que efectivamente una restricción del derecho puede estar prevista en la ley y orientarse acertadamente a evitar riesgos para el orden público, pero cualquier restricción, desde una perspectiva democrática, debe basarse en la persecución de objetivos legítimos y ser “necesaria en una sociedad democrática”.

En el caso *Stankov* los objetivos de la prohibición de las reuniones tenían que ver con la protección de la integridad territorial, la de derechos de terceros, la garantía del orden público o la prevención del delito. Aparecían *prima facie*, por tanto, como objetivos legítimos (§83) que pese a la necesaria interpretación restrictiva de la limitación de los derechos de los artículos 10 y 11 CEDH (§84) podían ser aceptados como tales.

⁴⁶ Esa relación o conjunción de derechos se analiza en la STEDH *Éva Molnár c. Hungría*, de 7 de octubre de 2008, §42; o también en la STEDH *Galstyan c. Armenia*, de 15 de noviembre de 2007, §96.

⁴⁷ STEDH *Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001.

Pero la controversia se traslada finalmente al análisis de la “necesidad en democracia” de la limitación, criterio profundamente vinculado a la proporcionalidad de la respuesta de las autoridades frente al ejercicio del derecho.

El análisis de este elemento en *Stankov* (§85) resulta particularmente relevante en supuesto en los que *la intervención de la autoridad frente a una reunión es, como mínimo en parte, como reacción a **declaraciones u opiniones** de los participantes* y que, por tanto, afecta a la libertad de expresión como pilar de la sociedad democrática (§86).

A tal fin la “necesidad para una sociedad democrática” de la limitación del derecho implica que dicha interferencia sea una “necesidad social imperiosa”, proporcionada respecto del objetivo perseguido (§87).

Hay muy poco margen dentro del artículo 10.2 CEDH para la restricción del discurso político o el debate de cuestiones de interés público porque una de las características de la democracia es la posibilidad que brinda de resolver los problemas nacionales a través del diálogo, sin recurrir a la violencia, incluso frente a problemas molestos (§88).

No hay justificación para dificultar el ejercicio de derechos a un grupo sólo porque persigue debatir en público la situación de parte de su población o buscar soluciones, de acuerdo con reglas democráticas. No hay justificación para interferir en los derechos de aquellas minorías que apelan a su propia conciencia (§88).

Se afirma en *Stankov* que no puede prohibirse la reunión de una organización pese a que haya sido declarada inconstitucional (§92) y que las demandas de autonomía o de secesión del territorio nacional no pueden justificar una prohibición de reuniones (§97).

La cuestión se reduce, por tanto, a un examen de conformidad con la esencia del derecho fundamental que sea respetuosa con los principios democráticos.

Para *Stankov* en el análisis del eventual riesgo derivado de una manifestación, resulta importante el hecho de que cualquier declaración que pueda interpretarse como una llamada a la violencia o rechazo a la democracia resulte **aislada del trasfondo de la reivindicación**, no siendo posible derivar ningún tipo de

incitación a la violencia de las proclamas a la “resistencia”, la “lucha” o la “liberación” (§101).

El TEDH recuerda que **cualquier incidente debe ser abordado a través de la persecución de la persona responsable de su comisión** (§103).

Las analogías y la aplicabilidad de los principios que enumera el TEDH son evidentes en el caso que nos ocupa y que se basa en la existencia de dos situaciones claramente encuadrables en los derechos de reunión y manifestación (días 20-S y 1-O), que se producen sin ninguna apelación a la violencia, en defensa de una materia de interés público y naturaleza política (protesta frente a la actuación del Estado contra la celebración de un referéndum político) y que no pueden ser prohibidas ni sancionadas sin atentar contra los derechos fundamentales blindados frente a restricciones que no constituyan una “urgente necesidad social” para la protección de los valores democráticos que precisamente protegen el pluralismo político, la discrepancia y la protesta.

Tanto este Excmo. Tribunal como el TEDH tienen la facultad de analizar si la prohibición y sanción de los actos de reunión y manifestación declarados probados protege la esencia y contenido de los derechos fundamentales aplicados.

De hecho, situaciones de protesta ciudadana pueden dar lugar a supuestos en los que no resulta aplicable o pertinente la protección del derecho de reunión, pero se hace necesaria la establecida por el derecho a la libertad de expresión.⁴⁸

Así lo ha establecido este Excmo. Tribunal cuando afirmó que *el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración*

⁴⁸ STEDH Taranenko c. Rusia, de 15 de mayo de 2014, §69.

transitoria--, *el finalista -licitud de la finalidad-* y *el real u objetivo -lugar de celebración.*⁴⁹

Los hechos sobre los que se basa nuestro análisis tienen que ver con las conductas desarrolladas por ciudadanos que, de forma pacífica, se reunieron, se expresaron y se manifestaron los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017.

Más allá de la interpretación de la Sentencia, los hechos tienen que ver con una **manifestación ciudadana espontánea** (así lo expresa la Sentencia en su página 374) canalizada posteriormente a través de organizaciones civiles delante de la Conselleria d'Economia el día 20 de septiembre de 2017 y el desarrollo del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017 mediante la utilización de espacios para **efectuar una votación** por cerca de 2 millones de catalanes.

La Sentencia dedica la página 284 a ofrecer su peculiar visión de tales hechos, así como del derecho a la protesta. Dice la Sentencia que *El derecho a la protesta no puede mutar en un exótico derecho al impedimento físico a los agentes de la autoridad a dar cumplimiento a un mandato judicial, y a hacerlo de una forma generalizada en toda la extensión de una comunidad autónoma en la que por un día queda suspendida la ejecución de una orden judicial. Una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes que quizás podrían derivarnos a otras tipicidades. Pero ante ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición. La autoridad del poder judicial quedó en suspenso sustituida por la propia voluntad (el referéndum se ha de celebrar⁵⁰) de los convocantes y de quienes secundaban la convocatoria, voluntad impuesta por la fuerza.*

⁴⁹ STC 42/2000, de 14 de febrero, así como también STC 55/1988 o 66/1995.

⁵⁰ Respecto del explícito uso por el Tribunal de la expresión "el referéndum se ha de celebrar" que denota una clara intención y resolución en el objetivo de celebración de la votación, algún apunte debe hacerse puesto que es la evidente traslación de la expresión que la Guardia Civil tradujo de forma **intencionalmente errónea** de documentación incautada a los Mossos. Hubo en el juicio oral incluso una pericial lingüística para demostrar, como se demostró, que la Guardia Civil había cambiado el significado de dicha expresión mediante una traducción errónea del catalán al castellano. Resulta por tanto desolador que el TS no atienda a dicha pericial y asuma la traducción falsa en su argumentario.

Ese derecho “exótico” está recogido en los artículos 20 y 21 CE, 10 y 11 CEDH y 19, 21 y 25 PIDCP y no podemos caer en la falacia tan repetida de la pendiente resbaladiza que transforma manifestaciones en levantamiento tumultuarios.

Los hechos probados relatan una concentración espontánea de ciudadanos el día 20 de septiembre de 2017, que no impidió el desarrollo de un registro judicial llevado a cabo, que no generó daño físico alguno, ni altercado significativo, más allá de daños en unos vehículos de los que únicamente pueden responder los ciudadanos que los causaron.

Dicha concentración, posteriormente organizada por la ciudadanía en labores de control y seguridad, no tuvo otras consecuencias que las que resultan inevitables del ejercicio de un derecho político fundamental y en todo caso mucho menos graves que las que se producen en infinidad de otras protestas ciudadanas, consecuencias que cualquier democracia debe tolerar.

El día 1 de octubre de 2017, la participación en una votación, efectivamente inválida en lo jurídico a tenor de la respuesta de este Excmo. Tribunal, no tenía otro significado en términos de derechos fundamentales que la expresión de una idea y su manifestación política pública. El día 1 de octubre de 2017 la ciudadanía concurrió a un acto de participación, reivindicativo y político. Entre los dos millones de votantes, se pudieron contar con los dedos de una mano los actos de desobediencia o resistencia pasiva, ajenos a mis mandantes, que la ciudadanía pudo llevar a cabo.

Frente a la violenta intervención policial en la votación, la ciudadanía protestó en ocasiones manteniéndose en las zonas de votación, hecho que sólo puede entenderse como ejercicio del derecho de reunión, manifestación, expresión y protesta, igual que sucedería días después, el 3 de octubre.

Defender un referéndum no es organizar un alzamiento tumultuario puesto que los derechos fundamentales imponen límites a la intervención penal.

Dada la primacía constitucional de la que gozan dichos derechos, toda interpretación del tipo penal de sedición que implique un recorte en el ámbito de ejercicio de dichos derechos resulta constitucionalmente inadmisibles. En un potencial conflicto entre una interpretación extensiva de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, unos derechos que resultan

además de la máxima importancia para el sistema democrático, y una interpretación extensiva de un tipo penal, resulta evidente que nuestro ordenamiento constitucional obliga al juez penal a optar por la primera, y restringir concordantemente la interpretación del tipo penal.

El TEDH se ha planteado en muchas ocasiones el **alcance de protección** del derecho de reunión. Así, ha considerado que *la presencia de un grupo de activistas delante del Tribunal para asistir a un juicio criminal de contenido político es una reunión ya que esa asistencia intenta expresar una involucración personal en una materia de importancia pública.*⁵¹ Y es que es evidente que las concentraciones de protesta se producen, en muchas ocasiones, delante de los centros de detención o de enjuiciamiento de determinadas personas, sobre todo cuando existe una relación entre la persona detenida o juzgada y una discusión pública o de materia política.

La ciudadanía tiene **derecho a manifestarse en sitios que simbolizan aquello frente a lo que protestan** o que simbolizan aquello que apoyan. La Sentencia recurrida, contrariamente, criminaliza el simple hecho de desarrollar manifestaciones pacíficas en las cercanías de los tribunales (así por ejemplo en su página 329 último párrafo), contribuyendo a la idea de situar a los jueces en la posición de víctimas del caso analizado tal y como ya efectuó el Magistrado Instructor en el procesamiento de mis mandantes al utilizar en primera persona la expresión “la estrategia que sufrimos”.

Respecto del lugar de la reunión, si ese lugar *es crucial para los participantes, una orden que obligue a cambiarlo puede constituir una interferencia al derecho del artículo 11 CEDH.* Ello lo aplica el TEDH también respecto de las manifestaciones efectuadas cerca de edificios judiciales.⁵²

B) REUNIÓN PACÍFICA

Uno de los elementos implícitamente utilizados en la Sentencia para la inaplicación de la protección del derecho alegado tiene que ver con la supuesta “violencia” que haría que la protección decayera al no considerarse una **reunión pacífica** de conformidad con el artículo 11 CEDH. Sin embargo, ni la Sentencia

⁵¹ STEDH Navalnyy c. Rusia, de 15 de noviembre de 2018 [GS], §§110-112.

⁵² STEDH Lashmankin y otros c. Rusia, de 7 de febrero de 2017, §433.

expresa una objeción concreta ni defiende abiertamente la pérdida del carácter “pacífico” de los hechos de 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017.

La Sentencia criminaliza la protesta y votación del 20-S y el 1-O por el mero hecho de la contravención con las órdenes de las autoridades, cuando ello nunca podrá hacer desaparecer la protección dispensada por la normativa internacional de derechos humanos.

Lo único que no puede proteger el artículo 11 CEDH son aquellas reuniones o concentraciones que tienen *intenciones violentas* o *incitan a la violencia*,⁵³ esto es, las que vienen animadas por la intención de ejercer la violencia, más allá evidentemente de la existencia de acciones individualizadas de algunos de los manifestantes o de situaciones de “reacción” frente al uso de la fuerza por las autoridades.

*Los organizadores de un evento no pueden ser considerados responsables de las acciones de los demás si no participaron explícitamente en ellas de forma activa y directa, ni implícitamente, por abstenerse, por ejemplo, de efectuar advertencias.*⁵⁴

*Incluso un participante que pueda haber tomado parte un acto esporádico de violencia no por ello deja de ostentar la protección el artículo 11 CEDH.*⁵⁵

Cuando una determinada ocupación del espacio es larga en el tiempo, *incluso si contraviene claramente la ley nacional, debe entenderse como reunión pacífica* en los términos del CEDH.⁵⁶

En la STEDH *Schwabe*⁵⁷ el Tribunal de derechos humanos tenía que examinar la detención de manifestantes que protestaban contra la cumbre del G8. La Sentencia establece los criterios para analizar el alcance de la protección del derecho de reunión y manifestación incluso en supuestos en los que se podía prever la participación de manifestantes violentos.

El Tribunal estableció entonces que incluso *cuando hay un riesgo real de que una reunión derive en desórdenes como resultado de hechos fuera de control de*

⁵³ STEDH *Kudrevičius y otros c. Lituania*, cit., §92.

⁵⁴ STEDH *Mesut Yıldız y otros c. Turquía*, de 18 de julio de 2017, §34.

⁵⁵ STEDH *Yaroslav Belousov c. Rusia*, de 4 de octubre de 2016, §§177-182.

⁵⁶ STEDH *Cisse c. Francia*, de 9 de abril de 2002, §§39-40.

⁵⁷ STEDH *Schwabe y M.G. c. Alemania*, de 1 de diciembre de 2011.

los organizadores, ello entra dentro de la protección del artículo 11.1 y cualquier restricción debe efectuarse de conformidad con el artículo 11.2 (§103).

Incluso cuando la policía tiene conocimiento de la posible participación de extremistas con intenciones violentas en una manifestación pacífica ello no excluye la protección del artículo 11.1 CEDH (§104), situación análoga a la que establece la Sentencia recurrida cuando (erróneamente a juicio de esta parte, pero en todo caso parte del relato de hechos probados) dice que existía información policial sobre posibles choques violentos con la policía, contextualizados como minoritarios.

En *Schwabe* se recuerda la importancia de la **protección reforzada del discurso político o de los debates de interés público** (§§113 y 117), en aquel caso sobre la liberación de presos.

Ha recordado el TEDH que una persona no deja de gozar de su derecho de reunión por la existencia de violencia u otros actos punibles cometidos por otros en una manifestación, si dicha persona mantiene su actitud pacífica.⁵⁸

Pero es que debemos reiterar que el TS en la Sentencia no define ni determina en ningún momento una actitud generalizada ni mucho menos una “intención” de cometer actos violentos en las manifestaciones o concentraciones del 20-S y el 1-O y, contrariamente, resalta en distintos párrafos de su redactado el convencimiento sobre la intención pacífica de los acusados.

*El poder judicial no resulta inmune a la crítica, por lo que deben existir poderosas razones para restringir las reuniones que pretendan criticar las disfunciones del sistema judicial,*⁵⁹ que es precisamente lo que sucedió el día 20 de septiembre de 2017 y el día siguiente.

Ni la Sentencia da por probados actos de violencia concretos (ni tan siquiera analiza las periciales médicas aportadas por la defensa que destruyen la tesis de acusación ni admitió como medio probatorio la pericial de policía propuesta por la defensa del Sr. Jordi Cuixart), **ni los vincula** en modo alguno con la intención de los promotores o alentadores de los actos de protesta y manifestación, más allá incluso de cuestiones de concreta autoría respecto de

⁵⁸ STEDH *Ezelin c. Francia*, de 26 de abril de 1991, §53.

⁵⁹ STEDH *Lashmankin y otros c. Rusia*, cit., §439.

mis mandantes que ninguna vinculación tienen con los hechos acaecidos el día 20 de septiembre de 2017.

C) USO DE LA FUERZA CONTRA CIUDADANOS

Pero una de las situaciones más rocambolescas del procedimiento se da por la renuncia del TS a analizar la **violencia policial**, no sólo por su evidente interés en la explicación de los hechos sino por la vinculación con el objeto del procedimiento determinado no sólo en el procesamiento sino mediante la configuración de la prueba admitida en juicio.

Y es que el uso de la fuerza por la policía era un elemento crucial de la discusión que tiene una incidencia específica en el análisis de la protección del derecho de reunión y expresión.

Incluso ante la evidencia de que los hechos enjuiciados no pueden ser entendidos como actos de violencia, y que cualquier actuación de ciudadanos concretos se produjo como reacción a la injustificable actuación policial, dice el TEDH que *una reunión que escale en violencia por ambas partes (manifestantes y policía) hace necesario en ocasiones examinar quién empezó la violencia*.⁶⁰

Resulta por tanto incluso en indefensión (a los efectos del artículo 6 CEDH) el hecho de que el Tribunal haya prescindido del análisis de la *forma en que la policía dispersó a quienes protestaban*,⁶¹ hecho de relevancia para el análisis de los hechos puesto que *una decisión de disolver una reunión debe estar justificada por razones suficientes y relevantes*.⁶²

La votación del 1 de octubre de 2017 era un acto ciudadano pacífico, festivo, que no produjo ninguna alteración del orden público, ni del tráfico rodado, ni limitó derechos de terceros, por lo que su violenta represión policial resulta elemento trascendental para el análisis de la protección constitucional y convencional de los derechos de los que fueron a votar libremente.

Si incluso ante *interferencias con el tráfico, servicios o suministros, actividades comerciales, trabajos de mantenimiento o tareas ordinarias de la ciudadanía se*

⁶⁰ STEDH Primov y otros c. Rusia, de 12 de junio de 2014, §157.

⁶¹ STEDH Navalnyy c. Rusia [GS], cit., §§128 y ss.

⁶² STEDH Ibrahimov y otros c. Azerbaiyán, de 11 de febrero de 2016, §80.

mantiene la protección del artículo 11 CEDH,⁶³ *a fortiori* se mantuvo la protección para un supuesto como el de autos en que nada de eso se produjo durante la jornada del 1 de octubre de 2017.

La decisión de evitar el debate sobre la inusitada desproporción en el uso de la fuerza policial el 1-O supone una intencionada generación de indefensión para los acusados y condenados. *El uso de la fuerza en la dispersión de una reunión puede en determinadas circunstancias dar lugar a tratos inhumanos y degradantes contrarios al artículo 3 CEDH,*⁶⁴ debiéndose recordar que se practicó prueba en juicio del uso de pelotas de goma contra la población de forma indiscriminada, así como la existencia de un uso desproporcionado de la fuerza en lugares cerrados contra la población pacífica, incluyendo tanto a mujeres como a hombres y personas de avanzada edad.

Con relación al derecho de manifestación el TJUE dio respuesta en su día a una cuestión prejudicial en el caso *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte and Planzüge c. Austria*⁶⁵ donde se establecían claramente los límites e interpretación, de acuerdo con la regulación del derecho de la Unión, del derecho analizado incluso cuando interfería con el principio de libre circulación de personas y mercancías, diciendo que *incluso cuando estaba en entredicho este las autoridades nacionales deben efectuar una debida ponderación con el interés de los manifestantes (...) deben aceptarse los inconvenientes ordinarios sobre quienes no participan en la movilización cuando el objetivo de ésta supone la demostración pública de una opinión.*

El TJUE específicamente atiende a la necesidad de ponderar, al tiempo de decidir sobre la prohibición de manifestaciones, el *riesgo de creación de reacciones* que podrían llegar a causar más disfunciones que las propias del ejercicio del derecho fundamental sin restricciones.

D) LIMITACIONES POR EL CONTENIDO

Uno de los elementos más importantes en el análisis del caso es la certeza de un escenario en el que las limitaciones o interferencias en el derecho debían efectuarse con un margen de apreciación de las autoridades muy estrecho, al

⁶³ STEDH Lashmankin y otros c. Rusia, cit., §423.

⁶⁴ STEDH Süleyman Çelebi y otros c. Turquía, de 24 de agosto de 2016.

⁶⁵ STJUE de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00.

estar **vinculadas con el contenido de la expresión de una protesta de corte político.**⁶⁶

Es obvio que el reproche a los hechos enjuiciados en la Sentencia no se hace simplemente por el acto de protesta en sí, sino que se vincula directamente con el contenido o la idea de que la protesta está vinculada con una oposición al sistema constitucional, y que la votación del 1-O tenía determinadas características.

Pues bien, *en los eventos públicos relacionas con la vida política a nivel nacional o local debe existir una **protección reforzada** del artículo 11. Son extrañas las situaciones en que una reunión puede ser prohibida con relación al contenido del mensaje expresado por sus participantes. El Gobierno no puede tener el poder de prohibir una manifestación porque considera que el mensaje de los manifestantes es erróneo. Es especialmente así cuando lo que se critica en la protesta es la misma autoridad que tiene el poder de autorizar o denegar esa reunión. Las restricciones basadas en contenidos al derecho de reunión deben ser muy cuidadosamente analizadas por el Tribunal.*⁶⁷

Ello afecta, en ocasiones, a supuestos en los que los manifestantes defienden su autonomía o *incluso la secesión de parte del territorio.*⁶⁸

Aunque el Auto de 29 de enero de 2020, de forma claramente indebida a juicio de esta parte, defienda la posición o intereses *de un relevante número de parlamentarios catalanes* (página 19 del Auto), resulta evidente que el derecho de reunión es ajeno a tales consideraciones puesto que la protección del artículo 11 CEDH se extiende también a aquellas manifestaciones que puedan *ofender a personas con ideas opuestas.*⁶⁹

E) OBLIGACIONES POSITIVAS Y CHILLING EFFECT

En ningún lugar de la Sentencia el TS discute o adopta una posición favorable a la existencia de “obligaciones positivas” de las autoridades en la protección de los derechos fundamentales, pero precisamente la esencia de los derechos humanos *implica una **obligación positiva** de asegurar el goce efectivo del*

⁶⁶ STEDH Partido Cristiano Demócrata c. Modalvia, de 14 de febrero de 2006, §62.

⁶⁷ STEDH Primov y otros c. Rusia, cit., §135.

⁶⁸ STEDH Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria, cit., §97.

⁶⁹ STEDH Alekseyev c. Rusia, de 21 de octubre de 2010, §§80-81.

derecho de reunión sobre todo respecto de personas que *defienden opiniones impopulares o que pertenecen a minorías, puesto que son más vulnerables a la victimización*.⁷⁰

De hecho, el TEDH explica qué deben hacer las autoridades ante manifestaciones y protestas: **protegerlas**.⁷¹

La Sentencia sorprendentemente criminaliza el papel de mediación o de colaboración llevado a cabo por los Sres. Sánchez y Cuixart en contravención explícita con la visión del TEDH y los estándares internacionales.

Ello contradice frontalmente la visión del TEDH en el caso *Frumkin*⁷²: *Ese Tribunal ha hecho referencia a la Guía sobre el derecho de reunión de la Comisión de Venecia, que recomienda la negociación o mediación si una concentración u otra disputa aparece durante el curso de una reunión como fórmula de evitar cualquier escalada del conflicto.*

En *Frumkin* el TEDH responsabiliza a las autoridades por no haber promovido la comunicación con los líderes de la manifestación o reunión, cuando ello es una **obligación positiva** para asegurar el carácter pacífico de cualquier reunión y evitar desórdenes asegurando la seguridad de la ciudadanía. La Sentencia que combatimos, contrariamente, criminaliza dicha comunicación.

Todo ello tiene que ver, además, con el consabido “efecto desaliento” (*chilling effect*) derivado de la restricción de derechos o la sanción de quienes los ejercen.

Ese efecto se produce incluso en supuestos de absolución o archivo de actuaciones contra quien protesta, puesto que la acusación en si misma puede tener el efecto desalentador frente a quienes quieran hacer encuentros similares.⁷³

Y el *chilling effect* no sólo depende de la existencia de una condena, sino también de la existencia de otro tipo de medidas establecidas por las autoridades, como puede ser **el uso de la fuerza para dispersar una reunión, la detención de participantes, sanciones administrativas**.⁷⁴

⁷⁰ STEDH *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, §64.

⁷¹ STEDH *Oya Ataman*, de 5 de diciembre de 2006, §36.

⁷² STEDH *Frumkin c. Rusia*, de 5 de enero de 2016, §129.

⁷³ STEDH *Nurettin Aldemir y otros c. Turquía*, de 18 de diciembre de 2007, §34.

⁷⁴ STEDH *Balçık y otros c. Turquía*, de 29 de noviembre de 2007, §41.

Y en este momento es cuando resulta necesario analizar también la nota de la **desproporción**, constante en el análisis de la Sentencia que cuestionamos.

De entrada, *la sanción de manifestantes, si es de naturaleza penal, requiere de una justificación particular.*⁷⁵

En la jurisprudencia del TEDH la imposición de penas largas de prisión con relación a choques sin armas con la policía o por lanzamiento de piedras o proyectiles causando graves heridas, es considerada en ocasiones desproporcionada. Incluso la existencia de actos probados de violencia no excluye el análisis sobre la “necesidad social imperiosa” de sancionar dichas conductas de forma severa.⁷⁶ Dicho concepto tampoco es ajeno a los criterios de interpretación de este Excmo. Tribunal.⁷⁷

Una condena penal severa puede tener el efecto de desalentar *al público en general de asistir a manifestaciones y participar en el debate público. El efecto desaliento de la sanción resulta amplificado por el procedimiento y su cobertura mediática.*⁷⁸

Dice la Sentencia impugnada en su página 392 que *lo sucedido el 1 de octubre no fue solo una manifestación o un acto masivo de protesta ciudadana. Si hubiese sido eso no habría reacción penal. Fue un levantamiento tumultuario alentado por el acusado entre muchas otras personas para convertir en papel mojado (con el uso de vías de hecho y fuerza física) unas decisiones judiciales del TC y del TSJ de Cataluña.*

El argumento es una tergiversación de los hechos. Existe inicialmente un acto de manifestación y expresión ciudadana, el referéndum convocado para el 1 de octubre de 2017, prohibido por el TSJ a 3 días de su celebración. **El referéndum no es ninguna iniciativa para bloquear una orden judicial aún no nacida** en el momento en que fue convocado, ni puede en modo alguno considerarse como un acto que desborda los límites de un acto de protesta tolerado en democracia. El referéndum es un acto de manifestación ciudadana **vinculado a una**

⁷⁵ Decisión TEDH Rai y Evans c. Reino Unido, de 17 de noviembre de 2009.

⁷⁶ STEDH Barabanov c. Rusia, de 30 de enero de 2018, §§74-75.

⁷⁷ STC de 28 de noviembre de 2019 sobre el recurso de amparo 814/2018 dictado respecto de esta misma causa, página 62, párrafo 1º.

⁷⁸ STEDH Yaroslav Belousov c. Rusia, cit., §181.

determinada convicción o creencia, esto es, la de la legitimidad en términos democráticos de promover el ejercicio del derecho a la autodeterminación.

La Sentencia prescinde completamente de valorar esos actos como expresión de una idea o creencia, como libre exteriorización de una reivindicación y resume muy bien su posición sobre el derecho a la protesta en la página 394: *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, supone oposición a la actuación policial dirigida a hacer efectivos mandamientos judiciales del TC y el TSJ Cataluña.*

Ese es el criterio de proporcionalidad del Tribunal: una oposición no-violenta es acreedora de una pena de hasta 15 años de prisión.

La Sentencia tampoco afronta de forma valiente una realidad obvia: **el no reconocimiento legal de la votación del 1 de octubre de 2017 y de sus resultados era reacción suficiente** del Estado frente a dicho referéndum.

Era una alternativa mucho más proporcionada frente a la decisión de neutralizar físicamente a los votantes, que hubiera respetado el derecho de reunión y manifestación.⁷⁹

El análisis del *chilling effect* no es ajeno a la jurisprudencia constitucional⁸⁰ y comparte una posición doctrinal ampliamente aceptada tanto a nivel europeo⁸¹ como internacional⁸², por lo que este Excmo. Tribunal debe analizar la presente impugnación.

La doctrina del efecto desaliento se justifica, por ejemplo según SCHAUER,⁸³ en dos motivos cumulativos: en primer lugar, la indeterminación y falibilidad de la actividad legislativa y judicial, que impide a los ciudadanos sujetos a derecho tener una correcta previsibilidad de la responsabilidad jurídica y penal de sus actos; y en segundo lugar lo que Schauer llama el principio del daño comparativo,

⁷⁹ Sobre la necesidad de que las autoridades toleren las protestas y utilicen medidas más razonables que su dispersión: STEDH Lashmankin y otros c. Rusia, cit., §462.

⁸⁰ Desde la STC 136/1999 a la STC 88/2003, entre otras.

⁸¹ SSEDH Cumpănă y Mazăre c. Rumanía, de 17 de diciembre de 2004, §114; o Belpietro c. Italia, de 24 de septiembre de 2013.

⁸² En la jurisprudencia americana, entre otros, Brown c. Hartlage [456 U.S. 45 (1982)]

⁸³ SCHAUER, Frederick. *Fear, risk, and the first amendment, unraveling the chilling effect*. Boston University Law Review, 58, 1978, pp. 693 y ss.

que establece que ante la duda de si una conducta potencialmente lesiva queda amparada o no por el ejercicio de un derecho siempre debe optarse por el error menos grave y menos cierto, de modo que es inevitable, por volver a utilizar los términos de este Alto Tribunal, entrar a realizar un juicio de proporcionalidad.

Sea porque las conductas atribuibles a mis mandantes los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 no constituían más que el ejercicio legítimo de los derechos de reunión, manifestación y expresión de los miles o millones de ciudadanos que tomaron parte en ellas, o sea porque quedaban amparadas por el necesario “espacio de enfriamiento” que la ley debería siempre preservar (según se ha desarrollado ya en sede de legalidad penal), lo cierto es que la Sentencia implica una vulneración de los derechos fundamentales de mis mandantes.

La represión policial violenta frente a los votantes atentó contra el derecho fundamental de reunión y de expresión, bajo los principios informadores del Estado Social y Democrático de Derecho.

La Sentencia es, por tanto, una decisión que no analiza la efectividad de los derechos fundamentales alegados y asume la posibilidad de su restricción indiscriminada y en todo caso ajena a su configuración internacional. Mediante dicha decisión la Sentencia legitima la represión policial ejercida durante el referéndum y establece una reacción desproporcionada que limita no sólo el derecho alegado, sino que condiciona su disfrute futuro a través de desalentar el ejercicio del derecho.

5.2 LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A) EXPRESIÓN DE IDEAS POLÍTICAS DE INTERÉS PÚBLICO

La libertad de expresión, tan habitualmente relacionada con la libertad de reunión, la libertad ideológica y la noción del derecho de protesta, resulta un valor esencial del Estado democrático y así obtiene protección constitucional (20.1 CE) e internacional (10 CEDH, entre otros instrumentos internacionales) como pilar fundamental de la organización social.

La libertad de expresión, cuya limitación normalmente resulta posible sólo en supuestos de directa incitación de actuaciones altamente reprobables (esto es,

la incitación al odio o la violencia⁸⁴), es también en la Sentencia objeto de indebida restricción en clara lesión de derechos tanto de los acusados como de aquellas personas que desarrollaron materialmente los hechos sobre los que se fundamenta la condena.

*Cualquier interferencia en los derechos de reunión y expresión excepto en casos de incitación a la violencia o rechazo de los principios democráticos, por chocante o inaceptable que una postura o expresión pueda parecer a las autoridades, perjudica a la democracia y la pone en peligro.*⁸⁵

Como se ha avanzado, el análisis del derecho debe hacerse en muchas ocasiones de forma solapada con el derecho de reunión y manifestación.

Conviene apuntar que la expresión sancionada o censurada en la Sentencia que cuestionamos tiene que ver con una **determinada ideología política**, concretamente la que promueve la independencia de Cataluña respecto de España, y ello supondrá la aplicación de criterios específicos al tiempo de analizar la existencia de una protección suficiente del derecho.

Libre expresión y política son dos conceptos muy relacionados. De hecho, en tiempos de la dictadura era el derecho penal precisamente el arma contra la libre expresión y, así, el derecho del artículo 20 CE se vincula por este Excmo. Tribunal con las nociones de democracia y de pluralismo político de forma preeminente.⁸⁶

El Tribunal Supremo es conocedor de ello puesto que en su Sentencia (página 244) intenta justificar una eventual protección y así menciona que *las mismas ideas que han defendido los acusados les han permitido concurrir a elecciones legislativas*. Al parecer, de dicho dato (la posibilidad de presentarse a elecciones) se deduciría el respeto a la libertad de expresión o a la de pensamiento, pero lo que omite el Tribunal es que en la causa se han evidenciado también otras realidades menos halagüeñas. Como se ha relatado, existe consenso en la

⁸⁴ STEDH Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria, cit.

⁸⁵ STEDH Güneri y otros c. Turquía de 12 de julio de 2005, §76.

⁸⁶ STC 29/1990: *Las libertades de expresión e información garantizan la institución de una opinión pública libre, ligada al pluralismo político, sin la garantía de una opinión pública libre las instituciones representativas son pura forma y se falsea el principio de legitimidad democrática.*

doctrina científica que incluso los sistemas políticos que permiten el sufragio pasivo y activo, pueden no cumplir los estándares de una democracia plena.

La causa supone la **criminalización generalizada de la expresión de ideas políticas** relacionadas con la causa de la independencia de Catalunya, debate que ha sido reconocido por el TEDH como de evidente **interés público**⁸⁷, así como de la crítica política al Estado, a sus instituciones, autoridades y agentes.

La ciudadanía (así como mis mandantes como representantes políticos) expresaron un mensaje relacionado con una **problemática de interés social y político**, y esa expresión, trasladada a actos de manifestación y protesta, no defendía ni inspiraba actos de violencia. Pese a ello dichos actos han sido objeto de una condena severísima que supone la generación de una restricción de la libertad de expresión presente y futura en cuanto que desincentivan el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos afectados indirectamente por las consecuencias de la Sentencia penal.

Y es que en modo alguno el procedimiento puede reducirse al dato de la participación de los acusados en elecciones puesto que se inició mediante una imputación que aprovechaba el cese de diputados por mor de la abusiva aplicación del artículo 155 CE y que dio lugar a la instauración de un foro irregular por el que se decretó la prisión de mis mandantes y otros acusados; posteriormente se privó a los acusados de participar en campaña electoral e incluso fueron sancionados por entender que lo hicieron; más adelante, tras su elección como diputados autonómicos, fueron privados completamente de sus derechos políticos en clara contravención con la legislación penitenciaria y los tratados internacionales y concretamente se impidió su asistencia a las sesiones plenarias; se impidió su participación en candidaturas a la Presidencia de la Generalitat y se abortó incluso la investidura de uno de los acusados mediante su súbito encarcelamiento; merced a una imprevisible e ilógica interpretación legal, se suspendió de funciones públicas y representativas a mis mandantes de conformidad con el artículo 384 bis LECr de imposible aplicación a los hechos; posteriormente se impidió, de forma irregular, a mis mandantes participar como diputado y senador electos en las sesiones del Congreso de los Diputados; y tras

⁸⁷ Así consta en la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España, cit., §36.

la elección del Sr. Junqueras como eurodiputado se impidió, nuevamente en contravención con el derecho de la Unión, que cumpliera con los trámites legales para su acreditación y se ha impedido el ejercicio de dicho cargo.

Es decir que, pese a que las candidaturas de algunos de los acusados fueron avaladas por la autoridad electoral, su mantenimiento en prisión y la suspensión del ejercicio de todos sus derechos políticos aboga por una clara restricción, cuanto menos, de su libertad de expresar ideas en materia política, que torna ineficaz el derecho.

La libertad de expresión no es cualquier cosa y menos la que se atribuye a representantes políticos. Protege incluso aquellas opiniones o expresiones que pueden resultar **perturbadoras o molestas**. La libertad de expresión *resulta fundamental en la elaboración de políticas y estrategias gubernamentales nacionales y constituye uno de los pilares básicos de una sociedad democrática y de su progreso y desarrollo*.⁸⁸ Restringirla de forma abusiva va en contra el **pluralismo** y la tolerancia propias del estado democrático.

La libre expresión tiene un carácter *preferente* según la jurisprudencia constitucional.⁸⁹

El artículo 11 CDFUE también reconoce la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades y sin consideración de fronteras. Huelga decir que la CDFUE reconoce también la prohibición de discriminación por razones de convicción o políticas, así como el derecho a la diversidad cultural (artículos 21 y 22 de la Carta).

La libertad de expresión (que incluye la de opinar y comunicar y recibir información) ha sido concebida tanto por la jurisprudencia española cómo por la del TEDH de forma más amplia en el caso de los **representantes políticos** de los ciudadanos puesto que, incluso por encima de los derechos fundamentales y libertades públicas, se sitúan los valores del Estado democrático, de tal forma que las injerencias en el derecho tienen escaso margen aparte de tener que

⁸⁸ STEDH Perinçek c. Suiza, de 15 de octubre de 2015.

⁸⁹ STC 240/1992.

respetar los principios generales de previsibilidad legal, objetivo legítimo y necesidad en una sociedad democrática.

La Sentencia no sólo basa su condena en la expresión de ideas por los acusados como representantes políticos, sino que incluso lo hace con relación a su **actividad parlamentaria**.

Sin embargo, de forma muy explícita afirman las sentencias *Jerusalem* y *Cordova*⁹⁰ que, en una democracia, *el Parlamento o cualquier cuerpo similar son foros esenciales del debate político. Tienen que existir razones muy poderosas para justificar la injerencia en la libertad de expresión que en ellos se ejercita.*

Para el TEDH *la libertad de expresión ampara no sólo las informaciones o ideas recibidas de manera favorable o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas de hieren, chocan o inquietan porque así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática.*⁹¹

El TEDH, refiriéndose a los partidos políticos y a la libertad de expresión e incluso más concretamente al ideario de partidos secesionistas, afirma que una de las principales características de la democracia es justamente la posibilidad de *resolver los problemas de un país a través del diálogo.*⁹²

B) PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO

La desproporción de la intrusión en el derecho también debe calibrarse de acuerdo con la **naturaleza y severidad de la sanción** o respuesta que el Estado ofrece a quien *a priori* ejerce el derecho a la libertad de expresión para evitar un **efecto disuasorio** que minaría los principios democráticos.

La extralimitación en la restricción de derechos fundamentales resulta prohibida por la misma esencia de tales derechos y expresamente por preceptos ya mencionados en el presente recurso (por ejemplo, el artículo 18 CEDH).

⁹⁰ SSTEDH *Jerusalem c. Austria* de 27 de febrero de 2001 y *Cordova c. Italia* de 30 de enero de 2003.

⁹¹ STEDH *Nilsen y Johnsen c. Noruega* de 25 de noviembre de 1999, §43.

⁹² STEDH *Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, cit.

Una pena privativa de libertad severa es incompatible, en términos de proporcionalidad, con actos de manifestación política y de protesta como los que analiza la Sentencia que combatimos.

Pero también una disolución por la fuerza de tales actos de manifestación política y de protesta pacíficos es incompatible con los derechos alegados.

Ni la policía podía disolver por la fuerza la votación del 1-O en términos de protección de derechos fundamentales, ni podía sancionarse a los acusados por su promoción o apoyo en los términos de la Sentencia combatida.

En la página 383 de la Sentencia se establece que *Como venimos diciendo, 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. La conducta deviene típica cuando se espolea no solo para votar sino para defender las urnas, para impedir a través de mecanismos de resistencia en acto o previsibles y anunciados y, por tanto, disuasorios, la actuación legítima de Mossos d'Esquadra, policía Nacional y Guardia Civil. El auto dictado por el TSJ de Cataluña no facultaba para impedir a los agentes cumplir las órdenes judiciales, ni legitimaba estrategias cuyo objetivo final era ese (bloquear el paso de los agentes), como la iniciativa de "Escoles Obertes" en la que el acusado se implicó de forma activa. Con la autoridad que le otorgaba su posición al frente de una acreditada entidad del tejido social, hizo llamamientos a ocupar los centros con la finalidad de obstaculizar el cumplimiento de las órdenes que tenían que ejecutar los Mossos (cerrarlos e impedir su apertura, así como incautar cualquier material relacionado con el referéndum). Animó también a través de las redes sociales a "proteger el recuento" y a hacer "resistencia no violenta".*

Dicha argumentación dinamita el principio de proporcionalidad y de previsibilidad de la ley y abona el "efecto desaliento". Se defiende formalmente que "no hay problema en votar" pero si un juez emite una orden prohibiendo la votación entonces hacerlo da lugar a un delito castigado con hasta 15 años de prisión. El argumento es insostenible. Es como decir "como juez no puedo cuestionar el derecho de manifestación en la vía pública, pero si emito una resolución judicial

donde digo que no puede manifestarse entonces el hacerlo da lugar al delito de sedición”.

En el seno del derecho de la Unión resulta interesante el análisis de la STJUE Gran Sala de 6 de septiembre de 2011 en relación al derecho comunitario que recuerda que *el artículo 8 del Protocolo está estrechamente vinculado a la libertad de expresión (...) la libertad de expresión, como fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista refleja los valores en los que, conforme al artículo 2 TUE, se basa la Unión, y constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 11 CDFUE, la cual, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.*

La importancia de la libertad de expresión respecto a cargos electos⁹³ se ha vinculado en ocasiones con la defensa del derecho de autodeterminación nacional⁹⁴ y se vincula con el uso, por ejemplo, de terminología como “lucha, resistencia, independencia, separatismo, guerra contra el pueblo o liberación del pueblo”.

La relación entre **libertad de expresión e inviolabilidad** ha sido analizada específicamente en la STEDH Szél c. Hungría de 2014 que destaca que *ambos derechos contribuyen a proteger la libertad de expresión en el seno del parlamento y a mantener la separación de poderes, legislativo y judicial, así como también a la protección de una democracia política efectiva, que es una de las piedras angulares del sistema de la Convención Europea, especialmente cuando tienden a proteger la autonomía parlamentaria.*

Contrariamente, la causa que nos ocupa resulta la manifestación más cruda de la prohibición general de la discusión y resolución parlamentarias de un determinado tema, a saber, la independencia de Catalunya, al sancionar penalmente actos parlamentarios de mera expresión y discusión de tales ideas políticas.

En la Sentencia se dice (página 391) que *la responsabilidad no se anuda a una promoción de manifestaciones, actos, conferencias, protestas. Eso no es sancionable. Antes bien es saludable (...) Todo eso enriquece a la sociedad (...)*

⁹³ STEDH Castells c. España de 23 de abril de 1992, §42.

⁹⁴ STEDH Erdogdu c. Turquía de 15 de junio de 2000, §§60-62.

su compromiso con la noviolencia, siempre elogiable, sin que este Tribunal ponga en cuestión o desconfe lo más mínimo de sus convicciones pacifistas y su repudio de actuaciones violentas. Pero el ámbito legítimo de protesta y de lucha por las propias ideas políticas y sociales, quedó desbordado cuando se pasó a la oposición física, al impedimento material de ejecución de decisiones judiciales y de derogación de facto (impuesta) de los principios constitucionales en un determinado territorio, en unas determinadas fechas.

Nuevamente la Sentencia, con claro uso de la hipérbole, no admite que un acusado como el Sr. Raül Romeva lo es en base a sus manifestaciones o a la promoción de ideas a nivel internacional, cuando ello es el fundamento mismo de la argumentación del juicio de imputación.

C) LA INTERVENCIÓN POLICIAL Y PENAL SOBRE EL REFERÉNDUM

La votación efectuada el día 1 de octubre de 2017 fue objeto de **dos tipos de restricciones** por partes del Estado y de sus autoridades: su disolución por la fuerza y su criminalización penal en la Sentencia. La violación del derecho a manifestarse y a expresar las opiniones ha sucedido tanto por la represión sobre los votantes (incluidos nuestros mandantes) como por la condena de los acusados.

Siguiendo las categorías de análisis promovidas por la jurisprudencia del TEDH, conviene examinar los hechos que la Sentencia vincula a la votación del 1 de octubre y la protesta del 20 de septiembre del año 2017. El análisis de respeto al derecho de reunión, manifestación y expresión (normalmente analizados conjuntamente) sigue una determinada pauta.

a) Aplicación del derecho fundamental y existencia de interferencia.

En primer lugar, debe establecerse si **existe propiamente un acto de reunión, manifestación o expresión** y si ha sido **restringido** de alguna forma.

La manifestación del 20-S y la votación del 1-O son evidente actos de reunión, manifestación, expresión o protesta en los términos de los artículos 20.1 y 21.1 CE y 10 y 11 CEDH. La primera aparece como una convocatoria espontánea de protesta y la segunda es fruto de la promoción institucional de una votación ciudadana masiva, desarrollada de forma auto organizada (según se establece

en la página 389 de la Sentencia). Dichos derechos son indudablemente aplicables.

Ambas manifestaciones o concentraciones han sido objeto de restricción, ataque o censura, a través de la **condena penal** a su ejercicio o promoción y, en el caso del referéndum, mediante la intervención física para **disolver la votación** mediante el uso de la fuerza (intervenciones policiales de agentes antidisturbios).

b) Previsión legal.

Tanto la condena como la intervención para evitar la celebración del referéndum encuentran encaje en **medidas o sanciones previstas en la ley**, aunque a los fines del análisis de protección de derechos el TEDH ha establecido que dichas restricciones deben constar en **preceptos legales previsibles y adecuados** en términos de calidad legislativa.

A tal fin debe analizarse con sumo cuidado en qué términos se efectuó la supuesta prohibición del referéndum en el Auto de 27 de septiembre de 2017 del TSJ de Cataluña. El Auto (obrante en autos por testimonio) pretende simplemente afianzar la legalidad formal a través de impedir el desarrollo de un acto de expresión y manifestación ciudadano cuya nulidad jurídica había sido determinada por este Excmo. Tribunal.

Este Auto de 27 de septiembre de 2017 del TSJ es un auto de **medidas cautelares genéricas “innominadas”**, dictado en una causa por delito de **desobediencia** (que no tiene aparejada pena de prisión) contra los miembros del gobierno, pero curiosamente utilizado para paralizar una votación ciudadana masiva.

El Auto, utilizando el “cajón de sastre” indeterminado del artículo 13 LECr, ordena **adoptar todas aquellas medidas que impidan la consecución del referéndum**, *sin afectar la normal convivencia ciudadana*. Pero la finalidad del artículo 13 LECr nada tiene que ver con la paralización física de una votación, ni el Auto habla de disolver reuniones o manifestaciones, ni prevé la detención de personas, sino que, contrariamente, establece un límite a la actuación policial que no será finalmente respetado.

c) Objetivo legítimo.

La mención a la prevención del delito, la protección de la legalidad o la preservación de derechos de terceros puede ser un objetivo legítimo en términos de la jurisprudencia del TEDH. Conviene, por tanto, analizar el elemento más importante de la valoración basada en derechos fundamentales: la necesidad de la restricción.

d) Necesidad de la restricción en una sociedad democrática.

Ninguna restricción de derechos es permisible si es desproporcionada y no se basa en una **necesidad social imperiosa** o en una demanda necesaria de una sociedad democrática.

Es en este punto donde tanto la sanción penal como la disolución misma de la votación del referéndum suponen sanciones desproporcionadas e inadmisibles de los derechos de reunión, manifestación, expresión y protesta.

Evidentemente la sanción penal es desproporcionada y ello se ha razonado ya hasta la saciedad.

Pero, además, **la disolución del referéndum por la fuerza fue ya una restricción inadmisibile de tales derechos** y en base a dicha ilegalidad es de lo que se deriva, indirectamente, la imprevisibilidad de una situación de conflicto con la policía incluso en el terreno de hipótesis. La policía no podía reprimir por la fuerza un acto de votación ciudadano pacífico ni nadie creyó que eso pudiera llegar a suceder en democracia.

El referéndum era un acto de manifestación ciudadana animado desde la más **pacífica** de las voluntades, hecho notorio y establecido por la misma Sentencia (páginas 243, 315, 381 y 388 de la Sentencia). Nadie fue a votar con intención de que sucedieran actos de violencia ni para promover el odio, ni queriendo dificultar el funcionamiento de servicios públicos, ni mediante bloqueo generalizado de vías públicas, ni mediante coacción. El referéndum era un acto festivo y deseado por la población en gran mayoría.

En tales circunstancias el Auto de 27 de septiembre no podía establecer la disolución con utilización de la fuerza de dicho acto y, de hecho, el Auto **NO LO AUTORIZÓ NUNCA**, sino que, contrariamente, introdujo un **criterio de**

restricción por proporcionalidad evidente en su redactado en consonancia con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de este TC y del TEDH respecto a los límites a la restricción de derechos civiles y políticos básicos en democracias.

El referéndum podía ser jurídicamente nulo (así se había declarado cautelarmente) y la autoridad judicial podía intentar impedir que se celebrara a través de restricciones proporcionales (precintos, comiso de material), pero **como acto de manifestación ciudadana estaba protegido frente a una disolución por la fuerza**, puesto que no constituía ningún acto de promoción de la violencia ni del odio.

La Sentencia convalida la restricción del derecho fundamental y, por tanto, contribuye a la violación del derecho fundamental alegado junto con todos los demás ya mencionados.

5.3 LIBERTAD IDEOLÓGICA

Aunque el respeto al derecho a la libertad ideológica sea normalmente analizado con relación a otras libertades, conviene también hacer una mención independiente a este derecho reconocido en el artículo 16.1 CE y el artículo 9 CEDH.

La aproximación constitucional a dicho derecho fomenta dicha conexión puesto que *surge la necesidad de garantizar el derecho en sus **proyecciones y manifestaciones o en su articulación con otros derechos**, libertades o deberes en otros ámbitos, porque la garantía de tal libertad no se refiere tan sólo a la libre formación del pensamiento o de la ideología que se sustenta, sino también a sus diversas formas de manifestación, que es donde precisamente se juega su efectividad.*⁹⁵

Es por ello que son numerosas las interrelaciones entre la libertad ideológica y otros derechos, singularmente el derecho a expresar dicha ideología, pero aquella libertad no deja de ser tal *por el hecho de que se solape con facilidad con otros derechos constitucionales.*⁹⁶

⁹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.). *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, 2019.

⁹⁶ Así se decía ya en la STC 24/1982.

Resulta evidente que la **ideología política** de mis mandantes es digna de protección dentro de los artículos 16.1 CE y 9 CEDH y de hecho lo es, más allá de su contribución al principio de pluralismo, como íntima convicción, de la misma forma que lo son los medios para la consecución de dicha idea asociados al pacifismo, pero también, por algunos sectores del movimiento independentista, al ejercicio de la desobediencia civil no violenta.

La Sentencia efectúa un curioso análisis de la ideología de mis mandantes, puesto que en vez de discutir sobre las posibilidades de que mantengan y defiendan determinadas creencias, el Tribunal trata de refutarlas cuando ello no era propiamente el objeto de debate ni así lo promovió esta parte.

No sólo resulta estéril intentar “convencer” a los acusados de que sus convicciones son erróneas, sino que resulta ilegal hacerlo mediante acciones de coerción, como lo es una condena penal desproporcionada.

El derecho a tener una determinada ideología está indisolublemente asociado al derecho a manifestarla, como dos componentes de la misma realidad cubierta por el artículo 9 CEDH. El derecho lo es *a tener una creencia y ese derecho es absoluto e incondicional, de tal forma que el Estado no puede interferir en él, por ejemplo diciendo que una determinada creencia **debe ser cambiada de forma coactiva***.⁹⁷

No tiene, por tanto, ningún interés la discusión teórica o doctrinal sobre la existencia y contenido del derecho de autodeterminación de los pueblos o sobre el alcance del principio democrático. A nada de ello vamos a formular oposición puesto que tampoco es competencia, a juicio de esta parte, del TS o del TC determinar si las entidades subestatales tienen o no un derecho a promover y conseguir la separación de los Estados en los que se encuentran a través de procedimientos democráticos.

Los acusados tampoco querían convencer al Tribunal de sus posiciones, sólo querían **defender el derecho a tenerlas** y a actuar de conformidad a ellas siempre en base a medios cívicos y no violentos.

⁹⁷ STEDH Ivanova c. Bulgaria, de 12 de abril de 2007, §79.

Pero en el procedimiento penal **la prisión provisional y la condena están íntimamente relacionadas con el mantenimiento de una ideología**, de corte político y pacifista, por más que las resoluciones del TS pretendan discutir este hecho mediante una formalista proclamación de la “absoluta libertad” para creer. La libertad ideológica es también la libertad de desarrollar plenamente las propias creencias, siempre que se haga sin promover la violencia ni el odio, hecho que no consta en modo alguno acreditado en la Sentencia.

La Sentencia, sin embargo, dedica muchas páginas (**más que al juicio de autoría de mis mandantes**) a la discusión sobre el derecho a la autodeterminación en lo que parece más un *obiter dicta* que una respuesta a cualquier pretensión de defensa.

Con dichos argumentos la Sentencia demuestra que el pleito tiene efectivamente que ver con motivos de índole política. Así, efectivamente, el TS basa sus argumentos en determinadas consideraciones de índole política que deben llevar a valorar el grado de influencia que ello pueda tener en la determinación de la culpabilidad y en su razonabilidad.

No es ajeno al debate jurídico según el TEDH, cuando existe una alegación de restricción indebida de un derecho fundamental por motivos políticos, examinar precisamente si la acusación está o no relacionada con la actividad política del acusado. La STC de 28 de noviembre de 2019 (amparo 814/2018) también efectúa en su Voto Particular una puntualización sobre dicha relación.

La lectura de la Sentencia de la Sala Penal despeja todas las dudas: la condena atenta contra la libertad de pensamiento o ideológica de los acusados, puesto que se criminaliza la disidencia y las manifestaciones públicas de determinado ideario contra lo establecido por este Excmo. Tribunal y su configuración de la noción de democracia *no militante*.

Mis mandantes defienden una concepción del derecho a la autodeterminación de los pueblos acorde con la interpretación efectuada por la comunidad internacional. Esta interpretación, que no prohíbe la secesión de una entidad subestatal del Estado matriz bajo ningún precepto de derecho internacional ni de la Unión, no puede ser criminalizada, so pena de lesionar los derechos a través de los que se expresa, se manifiesta o se ejerce.

No podemos dejar de hacer una referencia expresa al afrontamiento que la Sentencia hace de la actuación ciudadana, puesto que la Sentencia hace una crítica no sólo a las ideas de los acusados sino a las de los ciudadanos, a quienes califica de forma más o menos explícita de “masa crédula” sometida a una suerte de “control mental” por los líderes políticos. Más allá de la efectividad que tenga la Sentencia para generar efectos desalentadores para el ejercicio de derechos fundamentales, que la tiene, lo cierto es que la forma en la que se califica a la ciudadanía por las ideas que profesa no parece de recibo ni en consonancia con el respeto que las autoridades deben tener a la ideología de los ciudadanos.

La importancia del debate tenía más que ver con la necesidad de valorar si una determinada concepción del derecho a la autodeterminación tenía que ser protegida en cuanto a creencia o ideología, de la misma forma que debía enjuiciarse si merecía protección la **expresión de esa ideología o el desarrollo de actos de manifestación pública** (concentración, reunión o protesta).

Cuanto al ejercicio o expresión del derecho, precisamente el TEDH ha declarado la existencia de interferencias por la imposición de obstáculos físicos para el ejercicio del derecho a manifestar una opinión, como por ejemplo la *interrupción por la policía de reuniones de ciudadanos*.⁹⁸

Cuando se produce una interferencia con el derecho del artículo 9 CEDH, el representante del Estado (policía, por ejemplo) que actúa *ultra vires* (es decir, con exceso en el uso de su autoridad) genera responsabilidad para el Estado de conformidad con el artículo 1 del Convenio.⁹⁹

La **discriminación** de dicho ideario se produce, además, en contraposición a la protección ordinaria de tantos otros que supone una violación, asimismo, de los artículos 14 o 1/P12 CEDH.¹⁰⁰ La jurisprudencia española demuestra que el tratamiento de las manifestaciones, concentraciones y expresiones de múltiples ideas políticas, reivindicaciones y proyectos de todo tipo, incluso en situaciones de clara incitación a la comisión de desórdenes públicos o la efectiva comisión

⁹⁸ STEDH Boychev y otros c. Bulgaria, de 27 de enero de 2011, §46.

⁹⁹ STEDH Tsartsidze y otros c. Georgia, de 17 de enero de 2017, §80.

¹⁰⁰ Sobre la conjunción entre los artículos 9 y 14 CEDH se pronuncia la STEDH Izzettin Doğan y otros c. Turquía [GS], de 26 de abril de 2016, §§166 y 165.

de daños y lesiones, no ha sufrido nunca el tratamiento penal severo que ahora se impone a mis mandantes.

Pese a que el artículo 14 CE no efectúa ninguna referencia al motivo “político” de la discriminación, ello debe entenderse inserto dentro de la idea de “opinión”, máxime a la luz de la interpretación derivada del CEDH y del PIDCP.

Cierto es que la Sentencia llega a establecer que el derecho de autodeterminación *no tiene cobertura normativa* (página 221 de la Sentencia), afirmación realmente sorprendente en palabras de un tribunal de justicia, pero nuevamente hemos de recordar el debate esencial: si los acusados tienen derecho a defender sus ideas independentistas y si el hecho de hacerlas les ha comportado una penalización inmerecida.

Puede que sea más acertada la posición de que el “derecho a decidir” es una *aspiración política* (página 215 de la Sentencia), que no es otra cosa que reconocer que estamos hablando de libertad ideológica o de pensamiento.

Sea como fuere, la Sentencia no explicita en modo alguno los motivos de la restricción del derecho, ni se efectúa el ejercicio concreto de ponderación que permitiría analizar el porqué de la criminalización de la actuación de los acusados. En realidad la Sentencia dedica muchas páginas a criticar la realidad del derecho de autodeterminación (que, se dice, no tendría reconocimiento en norma alguna) para situar cualquier actuación vinculada a dicha ideología fuera de la ley, criminalizándola.

Resulta implícito en el artículo 9.2 que cualquier interferencia debe corresponder a una “necesidad social urgente”, de tal forma que la “necesidad” no tiene un significado flexible en el sentido de “utilidad” o “deseo”¹⁰¹ sino que debe tener la entidad suficiente para **no desnaturalizar el derecho** y hacerle perder su alcance de protección útil.

La resolución que combatimos, en definitiva, no puede justificar la restricción de todos los derechos civiles que supone la reacción penal frente a la manifestación del 20 de septiembre y la votación del 1 de octubre de 2017, ni suponer un

¹⁰¹ STEDH Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ucrania, de 14 de junio de 2007, §116.

escenario de futuro desalentador del ejercicio de tales derechos, que deben ser reconocidos y tutelados en esta instancia.

5.4 PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La instrumentalización de la acusación por un delito de rebelión durante la instrucción llevada a cabo primero por la magistrada Sra. Lamela en el Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional y más tarde por el magistrado Sr. Llarena como instructor de la Causa Especial en el Tribunal Supremo no sólo tuvo efectos perniciosos sobre la jurisdicción del caso, al trasladar el mismo lejos del juez natural mediante una novedosa interpretación de las reglas de competencia, sino que además ha tenido un impacto directo y grave sobre los derechos de participación y representación política de mis mandantes, como muestra especialmente la aplicación del artículo 384 bis LECr.

Por lo que respecta a la prisión provisional, injustificable sobre la base de los tres criterios legalmente tasados (la posibilidad de reincidencia, el riesgo de fuga y el riesgo de destrucción de pruebas) supuso además la vulneración de los derechos políticos de los Sres. Junqueras y Romeva, principalmente los recogidos en el artículo 23 CE (pero también los derivados de los arts. 16, 20 y 21 CE), el artículo 3/P1 CEDH y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al dificultar severamente el ejercicio de sus funciones como miembros del Parlament de Catalunya, primero, del Congreso de los Diputados y del Senado, después, y finalmente de miembros del Parlamento Europeo. Todo ello con vulneración de diversas inmunidades parlamentarias.

La tramitación de la causa y la condena impuesta son, en definitiva, actos atentatorios contra múltiples derechos civiles y políticos fundamentales, pero también concretamente del derecho de participación y representación política, puesto que la iniciativa acusatoria refrendada por la imputación y la condena es un ataque de índole político o inspirado, en todo o en parte, en la finalidad de neutralización de una determinada opción política y de los representantes de dicha opción, a saber, mis mandantes.

La existencia del *fumus persecutionis*, de una indebida restricción de derechos fundamentales alejada de los criterios que autorizan tales restricciones en los

términos del artículo 18 CEDH, o de la criminalización de actos de naturaleza estrictamente política, debe llevar a este Excmo. Tribunal a extremar el celo en la fiscalización de la Sentencia recurrida.

La casi completa eliminación del derecho que recoge el artículo 23 CE y que engloba todas las facetas de protección asociadas a tal derecho, se ha producido por el abuso de la prisión provisional, las prohibiciones de participación de líderes políticos en campaña, la negación de la inmunidad parlamentaria, la aplicación indebida de la suspensión de funciones del artículo 384 bis LECr, la prohibición de permisos para desarrollar funciones representativas o la negación de la inmunidad parlamentaria europea.

Ya han sido tratadas en apartado distintos las limitaciones a la jurisdicción derivadas de la inmunidad parlamentaria, que tienen también reflejo en la vulneración del derecho previsto en el artículo 23 CE (también 3/P1 CEDH y 25 PIDCP). Ahora desarrollaremos las demás vulneraciones de tal derecho consecuencia de la tramitación de la causa y su finalización por condena.

A) INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Como se demostrará en el presente escrito en apartados sucesivos, la medida cautelar de prisión provisional resultó en el caso de mis mandantes completamente improcedente e injustificable desde un punto de vista legal, al faltar los tres únicos requisitos que podrían haberla justificado. En cualquier caso, y aun admitiendo que el auto de prisión provisional pudiera estar justificado (cosa que se efectúa a efectos puramente dialectos a los fines de la presente argumentación), lo cierto es que era obligación del juez instructor, primero, y del Tribunal Supremo, una vez iniciado el juicio oral, velar porque la condición de prisión provisional no vulnerara o interfiriera lo menos posible en el ejercicio del resto de derechos fundamentales de mis mandantes.

Como es bien conocido y es también doctrina de este Tribunal, la condición de preso, sea en situación de prisión provisional, o sea incluso en cumplimiento ya de una condena penal, firme o no firme, tiene como efecto directo y deliberado la restricción de la libertad de circulación del preso, pero sin que ello deba afectar al resto de derechos fundamentales del mismo, o afectándoles de la forma menos lesiva posible. Así, un preso, por el hecho de encontrarse cumpliendo

condena penal o por el hecho de hallarse en espera de juicio, no pierde sus derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad ideológica o religiosa o a la educación, como tampoco pierde sus derechos políticos.

Así lo establece claramente el artículo 25.2 de la Constitución española: *El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena.*

Y la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, no puede hacer más que reafirmar esta misma idea, y de hecho la expande más allá de los derechos fundamentales a cualquier otro derecho de que dispongan los internos, cuando en el artículo 3 establece que: *La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.* Y agrega, de manera inequívoca, en el apartado primero de este mismo artículo: *Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.*

No cabe duda, por tanto, que los presos, se hallen en situación de cumplimiento de condena o de prisión provisional, tienen intactos todos sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, excepto aquellos estrictamente vinculados al cumplimiento de la condena o privación de libertad. Por ejemplo, y con respecto a la libertad religiosa, tal y como nos recuerda el Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, *las personas que están sometidas a algunas limitaciones legítimas, tales como los presos, siguen disfrutando de sus derechos a manifestar su religión o creencias en la mayor medida que sea compatible con el carácter específico de la limitación.*¹⁰²

Así lo recoge también la legislación española cuando establece en el artículo 54 de la LOGP que *La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse.* En el mismo

¹⁰² Comité de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Observación general n. 22, apartado 8, 48 Período de Sesiones, 20 de julio de 1993.

modo se expresa el artículo 230.1 del Reglamento Penitenciario (Real-Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

En consecuencia, aunque la prisión provisional de mis defendidos estuviera justificada, ésta debía hacerse compatible con el ejercicio de sus demás derechos, en particular de sus derechos fundamentales, y más especialmente de sus derechos políticos derivados del ejercicio de sus cargos como miembros, primero, del Parlament de Catalunya, más tarde en el tiempo como miembro del Congreso de Diputados en el caso del señor Junqueras y como senador en el caso del señor Romeva y finalmente como europarlamentario el Sr. Junqueras.

La vulneración de los derechos políticos derivados del artículo 23 CE, y los derivados artículos correspondientes del Reglamento del Parlamento de Catalunya y de los Reglamentos del Congreso y del Senado se produce porque, contra la petición presentada en diversas ocasiones por esta parte, se les **denegó disfrutar de permisos penitenciarios** para poder acudir a las sesiones parlamentarias correspondientes, tanto a las plenarios como a las sesiones de comisiones que les hubieran tocado, comenzando por la sesión de investidura del Parlamento de Catalunya. Así, por ejemplo, la denegación efectuada por el Juez Llarena en su Auto de 12 de enero de 2018 con respecto a la petición presentada por Oriol Junqueras, que fue la primera de una larga lista de denegaciones en momentos procesales distintos. En definitiva, se les impidió continuamente, sin una base legal, ejercer sus funciones como representantes electos. Y con ello se violaron sus derechos políticos fundamentales, así como los de sus electores.

Estos permisos tienen perfecta cabida en la legislación penitenciaria, pues la LOGP explícitamente los contempla con respecto a los presos preventivos en el artículo 48, con relación al régimen general de permisos de salida del artículo 47 y al concepto de *importante y comprobado motivo* que debe aplicarse, por supuesto, al ejercicio de funciones de representación democrática en un parlamento.

No existe previsión legal habilitante para dicha prohibición dirigida a que mis mandantes no pudieran ejercer sus derechos políticos (con sistema de vigilancia, si fuera menester) acudiendo al Parlamento de forma más o menos ordinaria, tal y como ocurrió el día que se les permitió acudir al Congreso y al Senado

respectivamente a tomar oficialmente posesión de sus Actas de Diputado y Senador.

Desde el punto de vista de los derechos políticos de representación, no hay una diferencia significativa entre la toma de posesión del Acta como miembros de la cámara parlamentaria y el resto de las obligaciones y funciones que ejerce un representante. Es más, la toma de posesión del Acta no es más que el requisito previo para poder ejercer después el resto de las funciones que les estaban encomendadas en tanto que representantes democráticos electos. Es del todo incongruente que se les permitiera primero concurrir a las elecciones y más tarde tomar posesión del Acta de diputados cuando no se les permitió después ejercer ninguna de sus funciones como parlamentarios.

Es importante citar la reciente pero asentada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el caso *Selahattin Demirtaş*¹⁰³ que resulta de total aplicación a nuestro caso. Tal y como el Tribunal establece en dicha decisión, es cierto que la condición de diputado no excluye *per se* automáticamente la justificación de una posible decisión de prisión provisional (§231), pero también lo es que una decisión de este tipo tiene necesariamente *un impacto directo en el cumplimiento efectivo de las obligaciones de un miembro de un parlamento* (§232), que *el funcionamiento efectivo del Parlamento es un valor de vital importancia para una sociedad democrática* (§227), y que *la democracia constituye un elemento fundamental del “Orden Público Europeo” y que los derechos garantizados por el Artículo 3 del Protocolo n. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos son **cruciales para establecer y mantener los fundamentos de un democracia significativa y efectiva** gobernada por el estado de derecho*,¹⁰⁴ así como que *las elecciones libres y la libertad de expresión, y en particular la **libertad del debate político** conforman la base de cualquier sistema democrático* (§227).¹⁰⁵

En *Selahattin Demirtaş* el TEDH afirma de forma explícita que, *en una democracia, el Parlamento y otras instituciones semejantes son foros esenciales*

¹⁰³ STEDH *Selahattin Demirtaş* c. Turquía nº2, de 20 de noviembre de 2018.

¹⁰⁴ Véanse al respecto las SSEDH *Karácsony y otros* c. Hungría [GS], de 17 de mayo de 2016, §141, o *Uspaskich* c. Lituania, de 20 de diciembre de 2016, §87.

¹⁰⁵ Las referencias a dichos principios se encuentran ya en la conocida STEDH *Mathieu-Mohin y Clerfayt* c. Bélgica, de 2 de marzo de 1987, §47.

*para el debate político, del cual forma parte el cumplimiento de los deberes parlamentarios (...). Mientras cumplen con su mandato, los miembros del parlamento **representan a sus votantes**, prestando atención a sus preocupaciones y defendiendo sus intereses (§239).*

No debemos tomar este tipo de aseveraciones de forma meramente retórica. Como el propio TEDH advierte, *las provisiones del Convenio deben ser interpretadas y aplicadas de forma que sus estipulaciones no sean solo teóricas o ilusorias sino **prácticas y efectivas** y los derechos recogidos en el Convenio no serían más que ilusorios si los representantes democráticamente electos o sus votantes pudieran ser privados de ellos en cualquier momento.* Y a fin de evitar tal consecuencia el TEDH establece su doctrina con respecto a la limitación de estos derechos políticos derivados de los derechos fundamentales de participación y de sufragio pasivo. Según esta doctrina, los estados firmantes del Convenio disponen de un cierto margen de apreciación a la hora de imponer límites a estos esenciales derechos políticos, pero estas limitaciones deben cumplir tres requisitos identificados claramente en *Selahattin Demirtaş*: 1) *los límites impuestos no pueden recortar dichos derechos hasta el punto de lesionar su propia esencia y privarlos de su efectividad*; 2) *que los límites son impuestos en aras de un objetivo legítimo*, y 3) *y que los medios empleados no son desproporcionados (§330).*

Es más, la misma Sentencia establece con total claridad que *el derecho a unas elecciones libres no se limita simplemente a disponer de la oportunidad de tomar parte en unas elecciones parlamentarias (...), sino que la persona concernida, una vez ha sido elegida, **tiene derecho a sentarse** como miembro del parlamento.* Y que por lo tanto si las autoridades de un país impiden a un parlamentario *ejercer sus obligaciones parlamentarias, ello constituye una interferencia en el derecho de sufragio pasivo (§235).*

En aplicación de su doctrina, el TEDH encuentra que la prisión provisional a la que fue sometido el señor Selahattin Demirtaş por parte de los tribunales turcos vulneró sus derechos políticos. Y no únicamente los suyos, sino **también los de sus representados**. Así, *concluye que aunque el demandante retuvo su estatus de miembro del parlamento durante todo el tiempo que duró su mandato y fue por tanto capaz de recibir el salario que le correspondía por tal cargo, el hecho*

que le fuera **imposible tomar parte en las actividades de la Asamblea Nacional** por culpa de su prisión preventiva constituye una interferencia injustificada de la libertad de expresión del pueblo que había votado en las elecciones y del derecho de sufragio pasivo del demandante que incluye el derecho a sentarse en el Parlamento (§240). La razón aducida por el tribunal no es, como ya se ha dicho, la incompatibilidad automática de la prisión provisional con dichos derechos, sino la **aplicación desproporcionada** que hicieron los tribunales turcos.

En el caso *Selahattin Demirtaş* la prueba de la falta de proporcionalidad la encuentra el TEDH en la excesiva extensión en el tiempo de la prisión provisional que sufrió el señor Selahattin Demirtaş, que en su caso fue de 23 meses (el mismo tiempo que estuvo el Sr. Junqueras en prisión provisional). Pero en todo caso el punto principal no es la duración en sí misma, pues el tribunal de hecho no establece ninguna frontera temporal que pudiera resultar admisible a estos efectos, sino que, como indica la propia sentencia, los tribunales **se negaron sistemáticamente a considerar otras medidas alternativas** que pudieran haber garantizado el fin perseguido por la prisión provisional sin lesionar los derechos políticos del señor Selahattin Demirtaş y de sus representados, ya que las consideraron insuficientes pero **no explicaron nunca por qué** (§§ 239 y 240). Ese y no otro es el punto clave que lleva al TEDH a concluir que la prisión provisional sobre el señor Selahattin Demirtaş había sido desproporcionada y por lo tanto se habían efectivamente vulnerado dichos derechos políticos, la misma razón que el Voto Particular discrepante en la STC de 28 de noviembre de 2019 sobre la prisión provisional del Sr. Junqueras defendió.

Resulta evidente que las decisiones tomadas en su momento por el magistrado de instrucción Sr. Llarena y el Tribunal *a quo* denegando reiteradamente las peticiones de esta parte para que se concedieran permisos de salida a mis mandantes implicaron una vulneración de sus derechos civiles y políticos tal y como se ha interpretado en *Selahattin Demirtaş*, por cuanto la forma de imponer la prisión provisional como límite a sus derechos políticos acabó privando de toda efectividad a dichos derechos (pues mis mandantes no pudieron ejercer en ningún momento tales derechos) y supuso una aplicación totalmente desproporcionada de la misma. Que la aplicación fue desproporcionada lo

muestra el hecho ya indicado que se podía preservar perfectamente el objetivo al que se dirigía la decisión de prisión provisional haciendo dicha prisión compatible con determinados permisos de salida vigilada puntuales, tales como aquél del que gozaron mis mandantes para tomar posesión de su Acta de diputado y senador respectivamente. De nuevo, como en el caso *Selahattin Demirtaş*, existían alternativas claras, incluso algunas compatibles con la propia existencia de la prisión provisional, y los tribunales españoles se negaron a considerarlas sin justificarlo debidamente. Es por ello obvio, en opinión de esta parte, que los derechos políticos de participación y sufragio pasivo (art. 23 CE), así como los derechos de libertad de expresión y de sufragio activo de los ciudadanos (arts. 20 y 23 CE), han sido reiteradamente vulnerados a lo largo de este proceso.

Hay que hacer esta vulneración de derechos políticos extensiva a la denegación de trasladar a los presos a cárceles situadas en Cataluña, cosa que hubiera facilitado el contacto entre mis mandantes y otros miembros del Parlamento catalán, compañeros de partido político, o simplemente ciudadanos de sus distritos electorales a los que ellos debían representar. Y no hay que olvidarse de otras formas de ejercicio de los derechos de representación política actualmente muy importantes como el acceso a Internet para poder acceder a información política, pero también para mantener una adecuada política de comunicación política y de presencia en las redes sociales. Si la garantía de un acceso continuado a Internet debería ser hoy un derecho efectivo para todo preso en las cárceles españolas, en el caso de representantes políticos como lo eran mis defendidos se convierte en un medio esencial de ejercicio de sus derechos políticos de participación y de sufragio pasivo del que se han visto ilegítimamente privados.

B) PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN EN CAMPAÑA

A las vulneraciones de derechos políticos aludidas en el apartado anterior, debemos agregar aquellas que se produjeron en sendos momentos durante la campaña electoral previa a las elecciones generales de abril de 2019 y, para el caso del señor Junqueras, también durante la campaña electoral previa a las elecciones europeas de mayo de 2019.

En las elecciones generales de abril, mis mandantes se presentaban como candidatos respectivamente a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, en las que fueron finalmente elegidos. Sin embargos, diversas decisiones tomadas por distintos organismos les impidieron ejercer sus derechos de sufragio pasivo **en condiciones de igualdad**. Igual que se ha sostenido en el apartado anterior, incluso aunque la prisión provisional que se había dictado contra ellos fuera adecuada (que no lo era), y a pesar de la condición añadida que se encontraban ya en pleno transcurso del juicio oral, había múltiples formas de hacer compatibles ambas cosas, la prisión provisional y su obligación de asistir a las sesiones del juicio, con el ejercicio de su derecho fundamental del artículo 23 CE.

Así, la decisión del Secretario General de Instituciones Penitenciarias, don Ángel Luis Ortíz, de 10 de abril de ese año, que rechazaba la petición de esta parte para que autorizaran la organización de actos electorales en Soto del Real, aduciendo que dichos actos electorales afectarían la "seguridad y convivencia ordenada" y "el orden regimental de los centros penitenciarios", alterando "la funcionalidad", "los horarios preestablecidos", "la distribución comidas", etc. Pero en nuestras prisiones se organizan permanentemente eventos que alteran los horarios preestablecidos sin que ello provoque ninguna amenaza para la seguridad. Y existen formas de organizar un acto electoral en determinados espacios delimitados de una prisión, desde un debate entre distintas formaciones, hasta una retransmisión televisiva remota, manteniendo las condiciones de seguridad. Se dice también en la decisión que en caso de autorizar actos electorales en las prisiones se vulnerarían los valores de transparencia, objetividad e igualdad entre los candidatos electorales, y los poderes públicos perderían su neutralidad. Pero es evidente que esto no es así. Más bien al contrario. La neutralidad e igualdad de condiciones que reclama el artículo 23 CE se ve irremediamente dañada si a algunos candidatos se les impide realizar actos de campaña electoral, aunque sea en condiciones limitadas, dentro de las paredes de una prisión.

En línea con lo sostenido en el apartado anterior, y también en aplicación de la Doctrina *Selahattin Demirtaş*, era posible y de hecho necesario encontrar fórmulas para hacer compatible la situación de prisión provisional, así como la

de personas que están siendo juzgadas en un juicio penal con el ejercicio de sus derechos de sufragio pasivo. Se podía no solo autorizar la organización de dichos actos electorales dentro de la prisión, en las horas que resultaran más adecuadas y en los días que no hubiera juicio, sino que también podría haberseles concedido algún permiso de salida en alguno de esos días, o la posibilidad de realizar debates electorales televisados, en los que ellos podrían haber participado de forma remota sin necesidad de abandonar el recinto penitenciario.

La misma decisión de denegación de un permiso de salida (o de la reconsideración de la prisión provisional) vino confirmada por el Auto de 11 de abril de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y más tarde el derecho de sufragio pasivo se vería nuevamente vulnerado por diversas decisiones de la Junta Electoral Central, como por ejemplo la tomada el 16 de abril en relación al Expediente número 293/930, por la que se denegaba la petición de mi defendido el señor Junqueras de participar en determinados debates televisivos en el lugar en que se realizaran, bajo permiso de salida vigilada, o en su defecto desde el propio centro penitenciario, y que contradecía una decisión autorizante previa tomada por la Junta Electoral Provincial de Barcelona. Recordemos que esta decisión de la JEC fue después anulada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, justamente al reconocer que no había ninguna razón que justificara la limitación de los derechos políticos de sufragio pasivo del señor Junqueras.

La misma situación se reproduciría durante la campaña electoral de las elecciones europeas de mayo del mismo año, en las que concurría también mi defendido el señor Junqueras. A pesar de que la decisión del Tribunal Supremo antes citada hizo posibles algunas breves intervenciones televisadas grabadas previamente, no se permitió a mi mandante la participación en debates electorales, ni siquiera con participación remota, ni la organización de actos electorales dentro del centro penitenciario.

En definitiva, todas estas denegaciones supusieron la vulneración del derecho fundamental de sufragio pasivo del art. 23 CE de mis mandantes en diferentes momentos y grados, y por parte de instituciones diversas, así como el derecho a no ser indebidamente discriminado y a poder participar en igualdad en la campaña para las elecciones en la que mis mandantes eran candidatos.

C) SUSPENSIÓN DE FUNCIONES

La **aplicación del artículo 384 bis** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha aplicado a la situación de mis mandantes en dos ocasiones, produciendo en ambas una lesión ilegítima de sus derechos políticos de representación y su derecho de presunción de inocencia, como se explicará a continuación, y produciendo en una de estas dos ocasiones una grave lesión al principio de separación de poderes implícito en el principio de estado de derecho del artículo 1.1 CE. La primera ocasión fue en el Auto de conclusión del sumario dictado el 9 de julio de 2018 por el juez instructor Llarena (FD2) en el que utilizó el artículo 384 bis para suspender *ex lege* a los señores Junqueras y Romeva, además de otros encausados en la misma causa especial, de su cargo como diputados del Parlament de Catalunya. La segunda ocasión fue cuando el 25 de mayo de 2019 las Mesas respectivas del Congreso de los Diputados y del Senado, y a instancias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, suspendieron a mis defendidos de sus respectivos cargos como Diputado y Senador en aplicación de este mismo artículo 384 bis LECr.

Esta parte es conocedora de la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal con respecto a la constitucionalidad de dicho precepto de la ley procesal penal que, a juicio de esta parte, podría ser a día de hoy reconsiderada a través, si lo cree oportuno el Tribunal, del planteamiento de una auto cuestión de inconstitucionalidad.

Este artículo 384 bis LECr es inconstitucional porque implica la vulneración simultánea de dos derechos fundamentales: el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE y el derecho de representación derivado del derecho de sufragio pasivo del artículo 23 CE. Es cierto, tal y como ha expresado el Excmo. Tribunal, que los efectos de este artículo son provisionales, puesto que la suspensión para el ejercicio de cargo se produce únicamente mientras el procesado se encuentra en situación de prisión provisional. Pero también lo es que ese efecto provisional causa un daño objetivo y cierto en los derechos de aquellos a los que se les aplica el artículo, y dicho daño se causa de manera automática, sin atender a las circunstancias específicas de cada caso, como es obligado en la decisión de imposición de medidas cautelares de cualquier tipo, y

se causa dicho daño sin haber por supuesto demostrado la culpabilidad de los procesados.

Es cierto que muchas medidas cautelares, como la propia prisión provisional, causan menoscabo en los derechos fundamentales, pero su aplicación debe ser por ello sumamente restrictiva, y estimada y justificada caso por caso en atención a las circunstancias concretas y a los criterios tasados de justificación. Un artículo como el 384 bis LECr simplemente impide la posibilidad de tomar en consideración dichas circunstancias e impone automáticamente una lesión a los derechos fundamentales sin que exista siquiera sentencia condenatoria, sea ésta firme o no firme. En este sentido, dicho artículo es incompatible con la más elemental presunción de inocencia.

Pero es que además al tener como efecto legal automático la suspensión del ejercicio de cargo público el derecho fundamental que se lesiona es el derecho de representación que deriva del derecho de sufragio pasivo. Y de este modo, y tal y como se ha sostenido ya en otras partes de este recurso, y como es doctrina ampliamente aceptada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁶ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se lesiona no únicamente un interés legítimo individual protegido por un derecho fundamental de rango constitucional, sino además el **interés público de todos los ciudadanos** a que las cámaras parlamentarias representen fielmente el contenido de sus preferencias políticas expresadas mediante su voto en las elecciones respectivas, y en consecuencia se lesiona también el principio de estado democrático del artículo 1.1 CE.

En definitiva, la grave lesión que produce el artículo 384 bis es triple, pues a la lesión obvia del derecho de presunción de inocencia se le agrega la lesión del derecho de sufragio pasivo y la lesión del interés público de toda la ciudadanía y del principio democrático. Y todo en aras de una batalla legal contra el terrorismo que, como ya se ha dicho, solo encuentra su fundamento en una inaceptable concepción del derecho penal del enemigo que debería quedar excluida de nuestro sistema democrático y constitucional.

¹⁰⁶ Siendo perfectamente exponente de ello la STJUE de 19 de noviembre de 2019 en el asunto C-502/2019 conocido como caso *Junqueras*.

Por otra parte, se produjo también la aplicación de este mismo artículo 384 bis LECr por parte de las Mesas respectivas del Congreso de los Diputados y del Senado el día 25 de mayo de 2019 y a instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en una confusión de roles evidente puesto que difícilmente podía concebirse la aplicación de una norma procesal penal por un órgano parlamentario en los términos expresados. Este hecho produjo, a su vez, una lesión en el principio de separación de poderes, contenido en el principio de estado de derecho y democrático del artículo 1.1 CE, y elemento esencial de la arquitectura de cualquier democracia constitucional liberal.

La razón de esta lesión es que la aplicación de las leyes penales que suponen la pérdida, aunque sea provisional, de derechos fundamentales no puede quedar en manos del órgano de dirección del poder legislativo, sino que es patrimonio exclusivo de la jurisdicción penal. Aunque la suspensión de ejercicio de cargo público se produzca *ex lege* requiere de la declaración por parte de un tribunal competente, que en este caso debería haber sido la Sala Segunda del Tribunal Supremo bajo cuya tutela se encontraban en ese momento mis mandantes, y esa responsabilidad no podía delegarse en otro poder del estado, y menos aún en un órgano de dirección y coordinación como es la Mesa, que carece de la competencia para pronunciarse sobre la procedibilidad de la aplicación de un artículo como el 384 bis LECrim.

Tal como ya se expuso por esta parte mediante recurso de apelación y posterior demanda de amparo, en el caso de autos tampoco se cumplían los requisitos exigidos por el precepto analizado, con lo cual la decisión adoptada supuso una vulneración directa del derecho de mis representados a la participación y representación políticas, así como al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la libertad ideológica y de expresión.

En concreto, los requisitos que en este caso no se cumplían consistían fundamentalmente en que no existía un Auto de procesamiento firme (en el momento de la primera aplicación del 384 bis LECr) ni los hechos eran constitutivos de delito relacionado con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

En cuanto a la **ausencia de firmeza del procesamiento**, ya de entrada debemos subrayar como la propia resolución establecía que el procesamiento no era firme.

El Auto inicial otorgaba expresamente a la representación de los procesados Comín y Serret la posibilidad de recurrir mediante recurso ordinario el Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018, *ergo* dicha resolución no era firme ni para ellos ni para nadie, como mínimo a los efectos del artículo 384 bis LECr y es que resulta obvio que las representaciones aludidas podían impugnar mediante sus recursos cualquier presupuesto o fundamento del Auto de Procesamiento (como hicieron) y entre ellos se encontraba la parte relativa a los delitos vinculados a los hechos descritos, así como la existencia de indicios de criminalidad que fundamenten los hechos mismos por los que se procesa o su atribución a determinadas personas.

En consecuencia, se estaba aplicando un precepto con un contenido sancionador o *contra reo* sin que se dieran los presupuestos legales para su aplicación, esto es, en contra del principio de legalidad y de la interdicción de la interpretación contraria a los procesados del derecho penal o sancionador.

En cuanto al requisito relativo a que los hechos sean constitutivos de delito relacionado con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el mismo tampoco concurría en el caso de autos.

Como es sabido, la redacción actual del 384 bis LECr fue introducida por la Ley Orgánica 4/1988, artículo que no puede interpretarse sin hacer referencia a sus antecedentes normativos, a los debates parlamentarios y, en definitiva, a las conclusiones derivadas de la STC 199/1987 que efectúa una interpretación constitucional de obligado cumplimiento para jueces y tribunales.

El artículo 384 bis LECr, como fórmula de excepción, constituye una limitación o suspensión del ejercicio de derechos fundamentales que encuentra habilitación en el artículo 55.2 CE y se inserta en un complejo y polémico precepto constitucional, el 55 CE, de importancia capital.

El análisis del artículo 55 CE determina las consecuencias sobre derechos fundamentales del estado de excepción y de sitio (55.1) y prevé la limitación

individual de algunos concretos derechos en supuestos de terrorismo y bandas armadas (55.2).

Resulta tan sensible dicha regulación que la propia Constitución establece la responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o desproporcionado de la facultad de suspensión de derechos en su apartado 55.2.II CE.

Dicho artículo efectivamente no prevé limitaciones específicas a los derechos políticos del artículo 23 CE, pero constituye el fundamento constitucional de la limitación de derechos individuales de aquellos que se integrasen en bandas armadas u organizaciones terroristas, la razón de ser de la “excepción” a los derechos individuales en una investigación penal, tal y como analiza la mencionada STC 199/1987.

Y es precisamente esa STC 199/1987, la única que actualmente ha definido el alcance del artículo 384 bis LECr (concretamente de su inmediato antecedente normativo, el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/1984 de igual sentido y similar dicción) determinando que sólo cabía suspender en funciones a aquellos **individuos, rebeldes, cuya actuación se vinculara con bandas armadas o terroristas, usuarias de forma ilegítima de armas de guerra o explosivos**, con la finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional, situación que en el caso de autos no se daba, cosa que decimos más allá de la evidencia que supone la Sentencia finalmente dictada.¹⁰⁷

Resulta evidente que la imputación del delito de rebelión no sólo era contraria a la más mínima lógica jurídica y razonabilidad sino que era la quintaesencia de la aplicación imprevisible del derecho penal, contraria al principio de legalidad penal, hecho que ha quedado confirmado con la Sentencia finalmente dictada que confirma la existencia de una **finalidad de supresión desproporcionada de derechos** que no descansa en ningún elemento, dato, indicio o prueba asumible. Es la propia Sentencia dictada la que determina, con una rotundidad nada desdeñable, la falta de razonabilidad de la pretensión acusatoria de rebelión.

¹⁰⁷ La STEDH Sahin Alpay c. Turquía, de 20 de marzo de 2018, resulta un precedente del TEDH muy crítico con la utilización sesgada de legislación antiterrorista para intentar contra derechos civiles y políticos, en claro abuso de poder estatal.

Pero en cualquier caso incluso en base a dicha imputación o acusación no resultaba aplicable la limitación de derechos desproporcionada que supone el artículo 384 bis LECr.

En definitiva, la aplicación del artículo 384 bis LECr supuso una vulneración directa de los derechos fundamentales a la participación y representación políticas, a la libertad ideológica y de expresión, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por cuanto en el caso de autos no se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 384 bis LECr que supusieron, en la práctica, la neutralización política de mis mandantes.

SEXTO. - PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS O JUICIO JUSTO

Una de las críticas que esta parte debe formular frente a la Sentencia tiene que ver con la falta de respeto al haz de garantías vinculadas al derecho al juicio justo que prevé el artículo 6 CEDH y para ello debemos iniciar nuestro planteamiento con una objeción a la metodología adoptada por el TS al abordar la presente cuestión.

Resulta evidente que la Sentencia que cuestionamos es singular técnicamente, al desplazar sus razonamientos hacia la discusión sobre la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales en detrimento del análisis del objeto principal del pleito. Dicha resolución muestra evidentes deficiencias de razonamiento en cuanto a valoración de la prueba, determinación de hechos probados y razonamientos jurídicos vinculados a la cuestión litigiosa principal, esto es, la culpabilidad de los acusados respecto de determinados delitos.

La resolución paradójicamente dedica muchas páginas a la autojustificación del actuar del Tribunal y ello no puede vincularse simplemente al hecho de que las defensas plantearan objeciones en tal sentido, puesto que el objeto del procedimiento seguía manteniendo mayor interés que no, por ejemplo, la necesidad de largas digresiones sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos que ninguna de las partes planteó como causa de justificación.

La Sentencia flaquea en sus razonamientos esenciales sobre la valoración de la prueba, la determinación de lo sucedido y su encaje jurídico penal puesto que se centra en la defensa del “buen hacer” del Tribunal.

Sin embargo, dicha autojustificación no consigue tampoco superar la crítica efectuada desde los derechos humanos.

Nuestra principal objeción global es que el TS ofrece una respuesta distorsionada a las críticas planteadas por las defensas en todo lo que se relaciona al derecho previsto en el artículo 6 CEDH porque lo hace mediante la técnica de refutación “separada”, “singularizada” o “independiente”. Así, el TS contesta y justifica limitaciones de derechos específicas **sin afrontar nunca una visión del respeto al derecho al juicio justo “global”** y ello contradice la natural configuración de dicho derecho como una protección que debe ser entendida “como un todo”.

Los principios establecidos por el TEDH para la comprobación del grado de compatibilidad de la actuación judicial con el derecho al juicio justo han sido desatendidos o silenciados por el Tribunal, que ha aplicado exclusivamente una visión “doméstica” del tratamiento de las violaciones de derechos fundamentales.

Contrariamente, el respeto a los derechos humanos establecidos en el CEDH sugiere una aproximación distinta al examen de eventuales violaciones de derechos.

El CEDH es una herramienta para la preservación del *orden público europeo en el terreno de los derechos humanos*,¹⁰⁸ que propone el derecho al juicio justo como uno de sus elementos más desarrollados y también analizados por el TEDH.

La Sentencia viola claramente el derecho al juicio justo puesto que el análisis del respeto al artículo 6 CEDH debe partir del *examen del procedimiento como un todo, y no sobre la base de una consideración aislada de un particular aspecto o incidente*.¹⁰⁹

¹⁰⁸ STEDH Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda [GS], de ECHR 2005-VI, §156.

¹⁰⁹ En la STEDH Ibrahim y otros c. Reino Unido [GS], de 13 de septiembre de 2016 se dice (§250) que *lo que constituye un juicio justo no puede ser objeto de una sola regla invariable, sino que*

El TS ha olvidado, pese a una constante reclamación de las defensas, que *el efecto acumulado de varios vicios procesales puede derivar en una violación del artículo 6 incluso cuando cada vicio, analizado singularmente, podría no haber determinado al Tribunal a considerar que el proceso no fue justo o equitativo.*¹¹⁰

En dicho análisis, las continuas menciones a la “gravedad” de los hechos por la Sentencia **no afectan** en lo más mínimo al razonamiento que expresamos ni pueden afectar al examen de las violaciones denunciadas.¹¹¹

*Al tiempo, los requisitos del juicio justo resultan más estrictos en la esfera penal que en la civil de acuerdo con el artículo 6.*¹¹²

Con todo ello queremos decir que, para abordar el análisis de compatibilidad entre la Sentencia cuestionada y el derecho al juicio justo, el TS debía haber efectuado un análisis que superara la dinámica de refutación singularizada de incidentes, para discutir (como esta defensa solicitó una y otra vez) si el procedimiento como un todo había disminuido de forma significativa las posibilidades de defensa eficaz, considerando incluso la posibilidad de establecer sistemas de contrapeso en favor de la defensa para corregir determinadas vulneraciones de derechos.

Los siguientes apartados denunciarán, en la medida de las posibilidades de explicación inteligible que permite el afrontamiento de un tema tan complejo, que

*debe depender de las circunstancias del caso particular. La principal preocupación del Tribunal en virtud del Artículo 6 § 1 es evaluar la **equidad general** del proceso penal.*

*Y sigue la resolución en su §251 estableciendo que **El cumplimiento de los requisitos de un juicio justo debe ser examinado en cada caso teniendo en cuenta el desarrollo de los procedimientos en su conjunto** y no sobre la base de una consideración aislada de un aspecto particular o un incidente particular, aunque no se puede excluir que un factor específico puede ser tan decisivo como para permitir que se evalúe la imparcialidad del juicio en una etapa anterior del procedimiento*

*Al evaluar la equidad general de los procedimientos, el Tribunal tendrá en cuenta, si corresponde, los derechos mínimos enumerados en el Artículo 6 § 3, que ejemplifican los requisitos de un juicio justo con respecto a situaciones procesales típicas que surgen en casos penales. Pueden verse, por lo tanto, como aspectos específicos del concepto de un juicio justo en un proceso penal en el Artículo 6 §. Sin embargo, esos derechos mínimos no son objetivos en sí mismos: **su objetivo intrínseco es siempre contribuir a garantizar la equidad del proceso penal en su conjunto.***

¹¹⁰ En la STEDH Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, §165, el TEDH recuerda que *cada defecto, tomado solo, no habría convencido a la Corte de que los procedimientos fueron "injustos", pero su **coexistencia** fue el factor que llevó a la conclusión de una violación del Artículo 6.*

¹¹¹ En tal sentido se pronuncia la STEDH Ibrahim y otros c. Reino Unido (citada), §252.

¹¹² STEDH Moreira Ferreira c. Portugal nº2 [GS], de 11 de julio de 2017, §67.

el procedimiento seguido contra mis mandantes no fue justo ni equitativo y ello no puede ni debe vincularse a una discusión atomizada de las denuncias efectuadas durante el proceso, sino a una discusión más valiente y más favorable a la vigencia de los derechos humanos y que tiene que ver con la apreciación de si la garantía del artículo 6 CEDH ha sido respetada ante la realidad compleja pero completa de todo lo sucedido.

Ello habrá de hacerse mediante un análisis final derivado de la realidad de múltiples violaciones de derechos que producen una sinergia destructiva del artículo 6 CEDH y teniendo en cuenta la existencia de violaciones singulares de extrema importancia, muchas de ellas vinculadas a la existencia de defectos del propio sistema de justicia penal español, que el TEDH necesariamente habrá de corregir mediante la anulación de una Sentencia que permitirá la superación de modelos de justicia basados en principios del siglo XIX (tiempo en que se dictó la ley procesal penal vigente en España) que todavía no han adoptado una visión garantista propia del siglo XXI.

6.1 JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

El Tribunal Supremo (TS) **no era el órgano jurisdiccional previsto por la ley** para la investigación y enjuiciamiento de los hechos objeto del procedimiento y asumió indebidamente la competencia legalmente atribuida al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. La irregular asunción de dicha competencia se efectúa a través de una interpretación imprevisible y ajena a los criterios legales de competencia, establecida por razones tácticas o de oportunidad, dando lugar además a la eliminación de cualquier instancia nacional de revisión en la jurisdicción ordinaria.

La concreta formación del Tribunal de enjuiciamiento, además, contravino expresamente la ley mediante el mantenimiento en el panel de jueces de un Magistrado que había perdido capacidad jurisdiccional por mor de la normativa que regula la causas y formas de jubilación.

El sometimiento de la causa a la jurisdicción del TS vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (24.2 CE y 6.1 CEDH) y se fundamenta en una aplicación arbitraria y discriminatoria de las normas de competencia judicial

(9.3 CE y 14 CEDH) dando lugar a una directa vulneración del derecho a la doble instancia penal (24 CE, 14.5 PIDCP y 6 y 2/P7 CEDH).

La garantía del “tribunal establecido por la ley” recogida en el artículo 24.2 CE y 6.1 CEDH resulta inherente al sistema de protección constitucional y al establecido por el CEDH y sus protocolos de tal forma que un órgano judicial cuya competencia no se haya establecido conforme a la voluntad del legislador carecerá necesariamente de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para conocer de las causas relativas a los ciudadanos¹¹³.

En países de Derecho codificado, la organización del sistema judicial no puede dejarse a discreción de las autoridades judiciales más allá de que ostenten facultades de interpretación de la ley nacional. Pero esa interpretación debe ser congruente con la ley emanada del Parlamento. En el caso que nos ocupa la competencia se ha determinado en contravención con la ley.

A) COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El TS mediante una irregular interpretación de la ley y apartándose completamente de la jurisprudencia anterior, sustrajo la competencia legal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, sin que existan motivos razonables que justifiquen dicha declaración de competencia del TS.

Ni en la querrela inicial, ni en la inicial resolución de asunción de competencia por el TS, ni en la Sentencia definitiva se argumenta de forma razonable qué elementos han generado la competencia jurisdiccional en favor del TS. Dichos elementos sólo pueden estar relacionados con el desarrollo “extraterritorial” de los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento.

La ley nacional establece claramente el criterio de competencia judicial. De conformidad con el artículo 57.2 del Estatut d’Autonomia de Catalunya (EAC)¹¹⁴ *en las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Fuera del territorio de Catalunya la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

¹¹³ STEDH Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, § 114.

¹¹⁴ Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio.

Dicha regla reclama de una interpretación cuidadosa y en todo caso previsible puesto que se integra dentro del núcleo de las prerrogativas de **inmunidad parlamentaria** de los diputados del *Parlament de Catalunya*. La alteración de dicha regla de competencia judicial por aforamiento no sólo incide en el derecho al juez predeterminado, sino que tiene efectos en la protección de la función de representación política de los diputados y en la protección de las instituciones mismas.

Pues bien, de conformidad con dicha regla establecida por ley, la competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos era del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya puesto que la totalidad de los hechos enjuiciados y objeto de condena han sucedido en el territorio de Catalunya, sin posibilidad de aplicar la competencia del TS por razón de la extraterritorialidad contenida en la cláusula del artículo 57.2 *in fine* EAC.

El único argumento para sustentar la competencia del TS se basa en el esfuerzo estéril, por ser de imposible convalidación legal, de construir una actuación de mis mandantes fuera de las fronteras de Catalunya (pretendidamente “internacional”), que se intenta desde el inicio de las actuaciones pero que se basa en el mero voluntarismo, sin que existan lo que en palabras del TEDH se denomina “bases racionales para el establecimiento de la jurisdicción”, en nuestro caso respecto del TS.

El Ministerio Fiscal en su querrela inicial se refería a los *Aspectos internacionales de la declaración de independencia de Catalunya*. Pese a no basar dicha supuesta “actuación internacional” en ningún elemento de prueba, el TS asumía la competencia, desactivando el fuero de los investigados (representantes políticos), aunque cuestionaba en su propio Auto de admisión de querrela de 31 de octubre de 2017 los argumentos de establecimiento de su competencia. En dicha resolución se decía que ***no puede identificarse el resultado del delito con los efectos del delito***, por más que estos puedan implicar, por su propia naturaleza, la destrucción del Estado de Derecho. Y es que los efectos no forman parte del tipo. La necesidad de esta clarificación es obligada, sobre todo, si se repara en que algunos de los delitos por los que se interpone la querrela son delitos de tendencia que, por definición, no exigen que se produzca el resultado para su consumación.

Más adelante en el procedimiento se dictaba el Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018 en el que se delimitaba un espacio objetivo de discusión en el que **ninguno de los hechos relevantes para la imputación penal se relacionaba con actos acaecidos fuera del territorio de Catalunya**. Dicha resolución no fue recurrida por ninguna de las acusaciones para ampliar el ámbito fáctico de análisis y devino finalmente firme.

Dicha visión de los hechos penalmente relevantes se confirma en las resoluciones de la Sala de Apelación y en el Auto de Conclusión del Sumario. La causa, por tanto, no versaba sobre hechos acaecidos fuera del territorio de Catalunya que pudieran desactivar el fuero previsto en la ley (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya).

La controversia se centraba, entonces, en el análisis de un supuesto alzamiento público y violento (delito de rebelión) supuestamente producido dentro de las fronteras de Catalunya; o bien un alzamiento público y tumultuario sucedido también en Catalunya (delito de sedición); una negativa a dar cumplimiento a órdenes judiciales producida en Catalunya (delito de desobediencia); o la realización de actos de disposición sobre el patrimonio público de la Generalitat de Catalunya, actos desarrollados dentro de dicha comunidad autónoma, afectantes supuestamente al patrimonio público catalán (delito de malversación).

La Sentencia definitiva confirma dicha visión al **no describir actos penalmente relevantes acaecidos fuera de las fronteras de Catalunya** y singularmente en lo atinente al delito de malversación, delimitando expresamente el ámbito de comisión del delito a la asunción de obligaciones y la generación de actos de disposición que habrían siempre ocurrido en territorio catalán.

La competencia del TS en contravención con el primer supuesto previsto en el artículo 57.2 EAC era **imprevisible** desde cualquier interpretación de los hechos y en base al criterio legal y la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo. A tal efecto resulta relevante por su evidente analogía el Auto del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014 dictado en la causa llamada del “9-N”.¹¹⁵

¹¹⁵ En dicho caso (celebración de la consulta de independencia del 9 de noviembre de 2014) la querrela inicial fue presentada ante el Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal y el propio Tribunal rechazaron la competencia judicial frente a miembros del Govern y del Parlament de Catalunya. Decía el TS que *El lugar de comisión de las infracciones a los efectos de dilucidar cuestiones de*

Coincide con el criterio que apuntamos la sistemática asunción de competencia, por hechos análogos, efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, declarada respecto de las Querellas 7/2014, 18/2014, 12/2015, 18/2015, 19/2015, 2/2017 o 26/2017 dirigidas todas ellas frente a miembros del gobierno o del parlamento de Catalunya en resoluciones que obran en las actuaciones penales.

En todos los casos mencionados la competencia del TSJ de Catalunya fue apoyada por el Ministerio Fiscal y ello sucedió incluso después de acaecidos los hechos que han sido juzgados, puesto que dicho TSJ de Catalunya asumió la competencia para la investigación de mis mandantes mediante Auto de 11 de octubre de 2017¹¹⁶, con apoyo del propio Ministerio Fiscal.

Un Tribunal que *no tiene jurisdicción para juzgar a un acusado conforme a lo previsto en su legislación interna, no es un tribunal previsto por la ley en los términos del artículo 6.1 CEDH.*¹¹⁷

El análisis de la Sentencia definitiva también resulta de importancia para el entendimiento de la discusión que se suscita puesto que se ve en la obligación de efectuar un razonamiento singular para justificar la competencia del TS. Así, la Sentencia expresa en su página 82 que *existe otro dato decisivo que incluso llega a relativizar el alcance de esa reclamación. Y es que, a lo largo del presente procedimiento, los acusados Sres. Sánchez, Turull, Rull y Junqueras se han convertido en Diputados, mientras que el Sr. Romeva ha obtenido acta como Senador. Esa proclamación determina, como inmediata consecuencia, la aplicación del artículo 71.3 CE, que atribuye a la Sala Penal del Tribunal Supremo la competencia para conocer de los delitos imputados a los Diputados y Senadores. Quedarían así zanjadas las dudas suscitadas por las defensas, en la medida en que la condición de miembro del Congreso o del Senado habría adjudicado a esta Sala, sea cual fuere el estado del procedimiento, la competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos imputados.*

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).

¹¹⁶ Folios 3895-3904 en Actuaciones/T1 Anexo o Dil Prev 1-16 TSJC/DP1-16 (Folios 1 a 3985).

¹¹⁷ STEDH Richert c. Polonia, de 25 de octubre de 2011, §41.

El uso de tal extraño argumento sólo tiene sentido ante la evidencia de que en el procedimiento no se han dado por probados ni se han razonado actos penalmente relevantes desarrollados “fuera del territorio de Catalunya” que permitan activar la competencia del artículo 57.2 *in fine* EAC. Es por ello que el TS razona apelando a que, durante el transcurso de la vista del Juicio Oral,¹¹⁸ algunos acusados habrían obtenido cargos como miembros de las Cortes Generales españolas, incluso frente a la evidente de que dichos cargos fueron suspendidos inmediatamente de conformidad con la aplicación de la ley penal.

En conclusión, no se determinó en el procedimiento bajo parámetros de racionalidad ni conforme a criterios previsibles, la existencia de hechos penalmente relevantes desarrollados por los investigados o acusados fuera del territorio de Catalunya que permitieran sustraer la competencia judicial del órgano previsto por la ley, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en clara vulneración de los derechos previstos en los artículos 24.2 CE y 6.1 CEDH, siendo la atribución de competencia una decisión basa en criterios de oportunidad.

B) INDEBIDA CONFIGURACIÓN DEL PANEL DE JUECES

Esta parte ha defendido desde el primer momento la indebida competencia del Tribunal Supremo y de sus magistrados, pero más allá de la falta de competencia derivada de la aplicación de reglas de aforamiento, el enjuiciamiento de los hechos se produjo con una vulneración añadida de las reglas de predeterminación legal del juez competente y, concretamente, con el **irregular mantenimiento del Excmo. Sr. Luciano Varela en el panel de magistrados** del Tribunal de enjuiciamiento.

La “ley”, tal y como la contempla el artículo 6.1 CEDH cuando establece la necesidad del “juez predeterminado por la ley”, no es sólo la legislación relativa a la creación y a la competencia de los órganos judiciales, sino también **cualquier otra disposición del derecho interno** cuyo incumplimiento convierta en irregular la participación de uno o varios jueces en el examen del caso.¹¹⁹

¹¹⁸ Donde resulta de aplicación el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014.

¹¹⁹ STEDH Pandjigidze y otros c. Georgia, de 27 de octubre de 2009, §104.

El modo de designación y la duración del mandato de los miembros de un tribunal afecta no sólo a la noción del juez predeterminado por la ley sino también a la noción de tribunal “independiente” en el sentido del artículo 6.1 CEDH.

Mantener al Excmo. Sr. Varela en el panel de jueces después de la fecha de su jubilación, esto es, el 9 de mayo de 2019, fue contrario a las disposiciones legales vigentes y, aún más, la interpretación del artículo 256 LOPJ efectuada para dicho irregular mantenimiento fue distorsionada. El día 10 de mayo 2019 el Excmo. Sr. Varela ya no ostentaba la condición de juez y debía haber sido reemplazado por otro miembro o apartado de la tramitación de la causa, con todas las consecuencias derivadas de ello, especialmente relacionadas con el principio de inmediatez.

Así, todas las resoluciones tomadas después de esa fecha lo fueron viciadas de nulidad, incluida la propia Sentencia y las resoluciones emitidas después durante la fase de ejecución, y deben quedar sin efecto. La violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a tener un tribunal independiente e imparcial no puede ser sanada.

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano administrativo que adopta decisiones dentro del margen de sus competencias. Se halla evidentemente sujeto a la Constitución y al sistema legal restante en todo lo relativo a su actuación.

Según el Real Decreto 304/2007¹²⁰ el Excmo. Sr. Luciano Varela Castro fue promovido a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo.

Según el Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2017,¹²¹ el Excmo. Sr. Varela fue seleccionado para formar parte del Tribunal de Causas Especiales para el año 2017.

¹²⁰ BOE nº 71 de 23 de marzo de 2007 (páginas 12691 a 12691).

¹²¹ BOE nº 315 de 30 de diciembre de 2016 (páginas 91617 a 91635).

Según el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del día 16 de febrero de 2017, fue comunicada al Excmo. Sr. Varela su permanencia en el servicio activo hasta la edad de 72 años. Este acuerdo no se publicó en el BOE.

Con relación a la jubilación de magistrados el artículo 386.1.II LOPJ establece que *jueces y magistrados podrán solicitar **con dos meses de antelación a dicho momento la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que cumplan como máximo setenta y dos años de edad.** Dicha solicitud vinculará al Consejo General del Poder Judicial **quien solo podrá denegarla cuando el solicitante no cumpla el requisito de edad o cuando presentase la solicitud fuera del plazo indicado.***

Como sabe este Excmo. Tribunal, la edad máxima para ser magistrado en servicio activo es de 72 años. La jubilación es forzosa y tiene plazo máximo (386.1 LOPJ). Dicha jubilación se decreta de forma tal que sea efectiva al tiempo del cumplimiento de la edad máxima.

Posteriormente según el Acuerdo de 28 de noviembre de 2018 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2019¹²², el Excmo. Sr. Varela fue nombrado sólo para causas relacionadas con Errores Judiciales, Recursos de Queja y Cuestiones de competencia, siendo dicho año el de su prevista jubilación.

Según el Acuerdo de 17 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial,¹²³ de conformidad con lo establecido en los artículos 131.3 y 386.1 LOPJ y en el artículo 28.2 a) y 3 e) del Real Decreto Legislativo 670/1987 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial adoptado en su reunión de 17 de enero de 2019, se **declara la jubilación forzosa por edad de don Luciano Varela Castro, Magistrado con destino en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por cumplir la edad legalmente establecida el día 9 de mayo de 2019, con los**

¹²² BOE nº 295 de 7 de diciembre de 2018 (páginas 120457 a 120475).

¹²³ BOE nº 111 de 9 de mayo de 2019 (páginas 49131 a 49131).

derechos pasivos que le correspondan por esta causa y cuya jubilación producirá efectos a partir de la fecha indicada.

Según dicho Acuerdo, que se integra dentro del ordenamiento normativo nacional, desde día 9 de mayo de 2019 el Excmo. Sr. Varela dejaba de ser magistrado en servicio activo pasando a las clases pasivas del estado. En dicha fecha no había sido señalado aún el Juicio Oral de la causa de referencia.

Resulta importante resaltar que, contrariamente a los usos forenses y en una situación claramente inédita, el Tribunal Supremo no fijó un calendario de sesiones del Juicio Oral (sesiones que iban siendo señaladas de forma irregular y sin fecha de finalización de la vista ni previsión de calendarios), hecho que habría llevado necesariamente al cuestionamiento de la habilidad de la situación del magistrado Sr. Varela para afrontar una vista en la que se produciría con todas seguridad la pérdida de sus facultades jurisdiccionales.

A pesar de la normativa relativa al cese forzoso y período máximo de jurisdicción en activo del magistrado Sr. Varela, el día 25 de marzo de 2019 el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Excmo. Sr. Marchena efectuó una solicitud a la Comisión Permanente del CGPJ para la “prórroga” de jurisdicción del Excmo. Sr. Varela, circunstancia que ya era imposible de conformidad con la ley, puesto que no podía rebasarse le edad máxima de jubilación de 72 años.

Según la información disponible en la página web del Poder Judicial, mediante Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de abril de 2019, se establece: *1.2-23 En aplicación del artículo 256 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **acodar la medida promovida por el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su escrito de fecha de 25 de marzo de 2019, prorrogando, en consecuencia, la jurisdicción del magistrado Luciano Varela Castro, una vez producida su jubilación el 9 de mayo de 2019, en la Sala que conoce la causa especial 20907/2017, durante todo el tiempo que resulte necesario para continuar formando Sala durante la totalidad del juicio y todas las actuaciones posteriores que sean precisas para el dictado de la oportuna sentencia.***

El día 9 de mayo de 2019 se publicó oficialmente en el BOE el acuerdo de jubilación forzosa del Magistrado Sr. Varela.

Sin embargo, el anterior acuerdo de prórroga de 11 de abril de 2019 no se había publicado en el BOE y por tanto no podía tener ningún efecto sobre la jubilación forzosa prevista en la ley, acordada por el órgano de gobierno del CGPJ y publicada en el BOE. Es obvio que el acuerdo de 11 de abril de 2019 es nulo de pleno derecho y sin efecto alguno.

Dicho acuerdo, además, se basa en el artículo 256 LOPJ que reza: *Cuando fuere trasladado o jubilado algún Juez o Magistrado **deliberará, votará, redactará y firmará las sentencias, según proceda, en los pleitos a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubieren fallado**, salvo que concurriera causa de incompatibilidad o proceda la anulación de aquélla por otro motivo.*

La literalidad del precepto es evidente: se refiere al supuesto en que la jubilación forzosa aparece después de la celebración del Juicio Oral y antes de la firma de la Sentencia. Y lo que resulta aún más evidente es que no podía existir habilitación alguna para resolver incidentes posteriores a la firma de la Sentencia definitiva, hecho que sucedió en reiteradas ocasiones en las que la Sala se conformó, deliberó y emitió resoluciones firmadas por el magistrado en situación de inactividad e incompatibilidad.

La Comisión Permanente del CGPJ ha tenido ocasión de formular una interpretación del artículo 256 LOPJ¹²⁴ basada en sus propios informes técnicos en relación con la solicitud formulada por un magistrado que pretendía su habilitación posterior a un traslado para resolver, en aquel caso, la aclaración o rectificación de una Sentencia. En dicha decisión el CGPJ decía que no procedía la habilitación puesto que ello *sería para intervenir en una actuación procesal para la que carece de jurisdicción, al no encontrarse en servicio activo en la Carrera Judicial y conllevaría riesgo de nulidad de las actuaciones.*

Y conviene aclarar que en dicho acuerdo se establecía claramente que la participación del Magistrado en la deliberación y redacción de la Sentencia se hacía porque había intervenido con ANTERIORIDAD en la vista del PA 5/2015.

¹²⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-concluye-que-la-ley-impide-habilitar-al-magistrado-Jose-Ricardo-de-Prada-para-intervenir-en-las-vistas-del-articulo-505-LECrim-del-caso-Gurtel-->

La literalidad del artículo 256 LOPJ es de clara interpretación: la prórroga de jurisdicción que prevé se inicia con la “deliberación de la Sentencia pendiente” y se extiende exclusivamente hasta la “firma de la Sentencia” y nada más.

La decisión del CGPJ dice claramente que la intervención del magistrado solicitante de la habilitación *no lo es para poder participar en cualquier de los asuntos del órgano judicial, ni en las distintas incidencias que surjan con respecto a alguna de las causas en las que previamente intervino, sino, EXCLUSIVAMENTE, en las actuaciones para las que el ordenamiento jurídico preestablezca su intervención.*

Y sigue diciendo que de acuerdo con el artículo 256 LOPJ esas actuaciones son las relacionadas con la deliberación, votación, redacción y firma de la sentencia *pero no contempla aquella ni ninguna otra ley una suerte de autorización ‘ancla’ o ‘ad hominem’ para mantener su función en un tribunal al que, como consecuencia de su situación administrativa distinta¹²⁵ a la de servicio activo en la Carrera Judicial, de presente no pertenece, y para participar en la resolución de cuestiones deducidas con posterioridad a su cese.*

*La habilitación para ser llamado a la vista que deba decidir sobre el cambio de la situación personal de los acusados en el proceso en el que quedó habilitado para deliberar y firmar la sentencia, como cualesquiera otros incidentes procesales que a continuación pudieran producirse, lo sería para intervenir en una actuación procesal para la que **carece de jurisdicción**, al no encontrarse en servicio activo en la Carrera Judicial, ni existir razón legal alguna para la persistencia en la función que solicita, y **constituiría una composición arbitraria de aquel tribunal, constituido de manera especial y al caso.***

Contrariamente a la ley y su interpretación, en el comunicado obrante en la página web del Poder Judicial¹²⁶ se defiende que la prórroga del Magistrado Sr. Varela se aplica *analógicamente a los efectos de acordar una prórroga de funciones tras el cese por jubilación del magistrado afectado con el fin de continuar celebrando las correspondientes sesiones de juicio oral, según se*

¹²⁵ En ese caso se trata de un traslado, en el nuestro de jubilación forzosa.

¹²⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/EI-CGPJ-acuerda-la-prorroga-de-jurisdiccion-del-magistrado-de-la-Sala-Segunda-del-TS-Luciano-Varela-a-partir-de-su-jubilacion-el-proximo-9-de-mayo>

concluye de las sentencias de 13 de febrero de 2006 (Sala Primera), de 20 de julio de 2006 y de 19 de octubre de 2007 (Sala Segunda) y de 12 de marzo de 2002 (Sala Tercera), entre otras.

El Tribunal Supremo se remite a casos anteriores, como el del presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de San Sebastián Sr. Pablo Pérez Rubio (1995), el magistrado de la Audiencia Provincial de Badajoz Sr. Ramiro Baliña Mediavilla (1998), el presidente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga Sr. José María Muñoz Caparrós (en 2006) o el presidente de la Sección Tercera de esa misma Audiencia Sr. Carlos Prieto Macías (en 2010) y el precedente del magistrado del TS Sr. Enrique Bacigalupo Zapater (2008).

Pero los casos mencionados no se basan en artículo 256 LOPJ vigente, como sostiene el TS, sino que se basaban en un **cuerpo legal ya derogado**, que permitía a los magistrados eméritos del Tribunal Supremo ser nombrados suplentes, con posibilidad de servicio activo hasta los 75 años, previsión legal anterior a la reforma del año 2017 que nada tiene que ver con la situación que nos ocupa.

El artículo 200 LOPJ, párrafos 4 y 5, del texto derogado en 2017 establecía que:

*4. Los miembros de la Carrera Judicial jubilados por edad que sean nombrados para ejercer dicha función tendrán la **consideración y tratamiento de magistrados eméritos. En dicha situación podrán permanecer hasta los 75 años, teniendo el tratamiento retributivo de magistrados suplentes.***

5. Los magistrados del Tribunal Supremo, una vez jubilados, serán designados magistrados eméritos en el Tribunal Supremo cuando así lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos legalmente establecidos y de acuerdo con las necesidades de refuerzo en la Sala correspondiente.

Decía la Disposición transitoria tercera de la Ley 7/2015:

1. Quienes a la entrada en vigor de la presente Ley estuvieran prestando servicios como Magistrados eméritos o Magistrados eméritos del Tribunal Supremo, podrán continuar prestando sus servicios como tales durante un periodo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, conservando su

actual régimen retributivo. No obstante lo anterior, en ningún caso podrán permanecer en esta situación cumplidos los setenta y cinco años.

Según el artículo 259 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200.5 de la LOPJ, los magistrados del Tribunal Supremo, una vez jubilados, serán designados magistrados eméritos en el Tribunal Supremo cuando así lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos necesarios y concurran los presupuestos legalmente establecidos.

Según el artículo 260 del Reglamento mencionado, el procedimiento se iniciará a instancia del magistrado interesado mediante escrito dirigido al Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, con una antelación de al menos cuatro meses a la fecha en la que cumpla la edad de jubilación forzosa. Dicha solicitud será sometida a la consideración de la Sala de Gobierno correspondiente.

En definitiva, el Excmo. Sr. Varela no cumplía con la condición de la existencia de una ley previa que le habilitara para ejercer funciones jurisdiccionales tras su jubilación.

Antes del 1 de octubre de 2017 existía la figura del magistrado emérito, que podía estar en activo como juez suplente hasta los 75 años. Pero esa situación terminó con la **disposición transitoria tercera y final décima de la Ley Orgánica 7/2015**, por la que se modificó la LOPJ, que cesó a los magistrados eméritos con efectos a partir del 1 de octubre de 2017. Por lo tanto, la supuesta prórroga de jurisdicción del Excmo. Sr. Varela es nula y sin efecto, y también lo son todas las resoluciones y documentos firmados empezando con los del día 10 de mayo 2019.

6.2 JUEZ INDEPENDIENTE

La designación y asignación a los jueces encargados de la investigación y enjuiciamiento de los hechos se efectuó bajo control e influencia de los poderes legislativo y ejecutivo, dando lugar a una violación del derecho a obtener la tutela judicial de un juez imparcial e independiente y en contravención con el derecho al proceso debido.

Según el artículo 6.1 CEDH *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un **tribunal independiente e imparcial** (...) que decidirá (...) sobre el*

fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...). El artículo 47 CDFUE también se refiere al juez independiente.

La independencia del juzgador forma parte del derecho al proceso debido en los términos del artículo 24.2 CE y según doctrina constitucional unívoca.¹²⁷

Según el TJUE la *necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho.*¹²⁸

Así, una de las garantías procesales para el justiciable es, pues, que el asunto sea oído por un “tribunal independiente e imparcial” establecido por la ley. Independencia e imparcialidad objetiva son dos nociones estrechamente vinculadas y se aplican a cualquier órgano de enjuiciamiento. En ocasiones falta de independencia y falta de imparcialidad son conceptos difíciles de analizar por separado.

Con relación al requisito de la “independencia” de jueces y tribunales, y más allá de cuestiones relativas a la falta de independencia o imparcialidad “concreta” de miembros del Tribunal Supremo que investigaron o juzgaron a mis mandantes, no podemos dejar de denunciar la existencia de un defecto de independencia “sistémico” en la Administración de justicia española, una falta de independencia estructural mantenida durante años, que ha afectado al proceso que nos ocupa y que determina que no se hayan cumplido las exigencias del artículo 6 CEDH que exige *la independencia frente a otros poderes (ejecutivo y legislativo) y también frente a las partes.*¹²⁹

La exigencia de independencia comprende dos aspectos:

- Un aspecto de orden externo, que exige que las funciones sean ejercidas con plena autonomía, sin sometimiento a ningún vínculo jerárquico o de

¹²⁷ Por todas, la STC 60/2008.

¹²⁸ STJUE [GS] de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, Comisión Europea c. Polonia, §58.

¹²⁹ STEDH Ninn-Hansen c. Dinamarca, ECHR 1999-V.

subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido el juez o tribunal de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar su independencia a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones;

- Un aspecto, de orden interno, que se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el juzgador con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio.

Para determinar si un órgano es “independiente”, debemos tener en cuenta los siguientes criterios:¹³⁰ (i) el modo de nombramiento, (ii) la duración del mandato de sus miembros, (iii) la existencia de garantías contra las presiones externas y (iv) la cuestión de si existe o no apariencia de independencia.

Uno de dichos aspectos relevantes es, por tanto, que la **designación** de los jueces por el Parlamento o el ejecutivo, o su **mantenimiento** en el cargo en determinadas condiciones (prórroga en funciones o cese) no puede estar sujeta a ninguna influencia o presión en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales.

Actualmente, los 20 vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) son elegidos por el Congreso y el Senado por mayoría de tres quintos. Doce deben ser jueces o magistrados, escogidos por el Parlamento entre candidatos propuestos por la carrera. Los otros ocho son juristas designados libremente por las Cámaras. Es el CGPJ el que efectúa el nombramiento y determina la composición de la cúpula de la judicatura española (560 LOPJ), y junto con las Cortes y el Gobierno participa en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional (16 LOTC).

Dicho sistema, según establece el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) resulta insuficiente para garantizar la independencia o, al menos, la apariencia de independencia del CGPJ. Las deficiencias advertidas por el GRECO se ciernen especialmente sobre el TC a cuya reforma se han comprometido expresamente las autoridades españolas.

¹³⁰ STEDH Findlay c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, §73; STEDH Tsanova-Gecheva c. Bulgaria, de 15 de septiembre de 2015, §106.

Las deficiencias denunciadas en los diferentes informes del GRECO publicado periódicamente no han dado lugar a las debidas reformas, que han sido reiteradamente pospuestas por España. En la 4ª Ronda de Recomendación de diciembre de 2017¹³¹ el GRECO efectuaba distintas recomendaciones a España sobre la independencia del Poder Judicial que **no han sido todavía satisfechas**, tal y como consta en el informe de evaluación de junio de 2019.¹³²

Resulta imprescindible estipular por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura, por ejemplo, jueces presidentes de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, con el fin de garantizar que estos nombramientos no pongan en tela de juicio la independencia, imparcialidad y transparencia de este proceso.

Los estados de la Unión pueden determinar cómo organizan su Administración de Justicia, pero deben *cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo*.¹³³

Esencialmente se trata de revisar el mecanismo de designación de los miembros del CGPJ, así como de los presidentes de tribunales y de los Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

El GRECO ha reiterado su posición en torno a la necesidad de que las autoridades políticas no intervengan en ningún estadio del proceso de selección de los miembros de la judicatura. Ello es necesario no solo para remediar las críticas vertidas actualmente en el mismo seno de la carrera judicial, sino también para fortalecer la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial en su conjunto.

El Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de la ONU recomienda, de forma coincidente, que el órgano de gobierno de los jueces

¹³¹<https://rm.coe.int/16806ca048https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/1680779c4d>

¹³²<https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/168098c68e>

¹³³ STJUE [GS] de 24 de junio de 2019 ya citada, §52.

tenga autonomía respecto de los poderes legislativo y ejecutivo para garantizar la independencia del poder judicial.¹³⁴

La independencia judicial exige que **ningún juez se vea sometido a ninguna influencia indebida externa o interna al poder judicial.**

La independencia judicial interna requiere que los jueces no estén sometidos a ninguna directiva o presión de sus compañeros o de los titulares de las responsabilidades administrativas del tribunal, como, por ejemplo, el presidente del mismo o de una de sus salas. La falta de garantías adecuadas para preservar la independencia de los jueces en el sistema judicial y, en particular, respecto de sus superiores, puede llevar a la conclusión de que las dudas de un demandante sobre la independencia y la imparcialidad de un tribunal pueden considerarse objetivamente justificadas¹³⁵.

Para decidir si un tribunal puede considerarse “independiente”, tal como exige el artículo 6.1 CEDH, **las apariencias** también pueden ser relevantes. Lo que se plantea es la *confianza que los tribunales deben inspirar al justiciable en una sociedad democrática, comenzando, en lo penal, por los acusados.*¹³⁶

Para pronunciarse sobre si existe una razón legítima para temer la falta de independencia o imparcialidad de una jurisdicción, el punto de vista de los acusados es importante, pero no decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las percepciones del interesado pueden considerarse objetivamente justificadas.¹³⁷

Apuntado, pues, el mantenimiento en el sistema judicial español de dichas fórmulas de selección de jueces y magistrados dependientes de criterios políticos, dicho sistema plantea serias dudas sobre la independencia de quienes investigaron y juzgaron a nuestros mandantes, sobre todo dada la naturaleza eminentemente política de los hechos, la presencia como parte acusadora de la Abogacía del Estado, y el claro posicionamiento político del gobierno español respecto de los hechos enjuiciados.

¹³⁴ El informe del Relator de mayo de 2018 es público en el enlace <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/122/84/PDF/G1812284.pdf?OpenElement>

¹³⁵ STEDH Parlov-Tkalic c. Croacia, de 22 de diciembre de 2009, §86.

¹³⁶ STEDH Castillo Algar c. España, de 28 octubre de 1998, §45.

¹³⁷ STEDH Incal c. Turquía, de 9 de junio de 1998, §71.

Son innumerables y notorias las informaciones públicas sobre el control e injerencia en la cúpula del Poder Judicial de la presidencia del CGPJ¹³⁸ o del gobierno¹³⁹, o de la concreta intervención del presidente del CGPJ Sr. Lesmes en el caso que nos ocupa¹⁴⁰, o las vinculaciones entre la Fiscalía General del Estado con el Tribunal sentenciador,¹⁴¹ presidido por quien ha sido calificado de “hombre de confianza del PP”.¹⁴²

Para analizar, pues, la concreta afectación a la debida independencia e imparcialidad del Tribunal sentenciador, debemos partir de la existencia de una absoluta resistencia de los poderes legislativo y ejecutivo españoles a asumir las recomendaciones GRECO destinadas a garantizar dicha independencia judicial o, cuanto menos, la necesaria apariencia de independencia que reclama cualquier estándar democrático actual.

El Tribunal que investigó y enjuició a mis mandantes es un órgano jurisdiccional cuya apariencia de independencia está seriamente comprometida, hecho que debe ponerse en conexión con las denuncias de vulneraciones del juicio justo vinculadas a la falta de imparcialidad del mismo Tribunal, la transgresión del derecho al juez natural y la ausencia de doble instancia para declarar vulnerado el derecho fundamental alegado.

¹³⁸ Simplemente a modo de ejemplo la noticia sobre la injerencia supuestamente ejercida por el Presidente del CGPJ y del TS sobre la resolución de un caso pendiente ante la Sala Tercera del TS: https://www.elplural.com/sociedad/tribunales/lesmes-mete-al-supremo-en-la-mayor-crisis-de-legitimidad-de-su-historia-pero-no-dimite_205246102

¹³⁹ Se hacía eco el diario El Español de la filtración de una comunicación del Senador Sr. Cosidó sobre el “control” del Tribunal Supremo del que dispondría el partido político del gobierno a través de la persona del magistrado Sr. Marchena: https://www.elespanol.com/espana/politica/20181119/controlaremos-sala-segunda-cosido-justificando-psoe-cgpj/354214577_0.html

¹⁴⁰ El Presidente del CGPJ reconoció personalmente al Juez de Instrucción nº13 de Barcelona haber “cambiado el rumbo de la historia” de España con su investigación del referéndum: https://www.elnacional.cat/es/politica/carta-despedida-lesmes-juez-13-caso-1o-ramirez-sunyer_321021_102.html

¹⁴¹ En el diario El País se calificaba al Fiscal General Sr. Maza de “hombre de confianza” del Presidente de la Sala Penal del TS: https://elpais.com/politica/2016/11/12/analitica/1478953935_147895.html

¹⁴² Así se calificaba al Presidente de la Sala Segunda en la noticia del diario El País: https://elpais.com/politica/2018/11/20/actualidad/1542709125_002673.html

6.3 JUEZ IMPARCIAL

El artículo 24.2 CE y el artículo 6.1 CEDH imponen a todo tribunal que se enmarque en su ámbito de aplicación el ser “imparcial”, imparcialidad que se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o ideas preconcebidas.

La jurisprudencia constitucional¹⁴³ ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, la referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo.

La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes *supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra.*¹⁴⁴

Los criterios de apreciación de la imparcialidad son dos: (i) la prueba subjetiva, es decir, determinar la convicción o el interés personal de un juez en particular en un caso concreto y (ii) la prueba objetiva, es decir, determinar si el juez ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima al respecto.¹⁴⁵

Generalmente es difícil aportar pruebas que desvirtúen la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez y, por lo tanto, el requisito de imparcialidad objetiva proporciona una garantía adicional importante. Es dicha falta de imparcialidad objetiva la que esta parte entiende demostrada suficientemente.

¹⁴³ SSTC 47/1982, de 12 de julio; 157/1993, de 6 de mayo; 154/2001, de 2 de julio; y 155/2002, de 22 de julio.

¹⁴⁴ STC 38/2003, de 27 de febrero.

¹⁴⁵ En la STEDH Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, §118, se decía que *el Tribunal distingue entre un enfoque subjetivo, tratando de determinar qué pensaba un juez en su fuero interno o cuál era su interés en un caso particular, y un enfoque objetivo que lleva a la búsqueda de garantías suficientes para excluir a este respecto cualquier duda legítima (...)* En cuanto al segundo enfoque, cuando se trata de una jurisdicción colegiada, se plantea la cuestión de si, independientemente de la actitud personal de uno u otro de sus miembros, ciertos hechos verificables permiten que se cuestione la imparcialidad del tribunal en sí. En este asunto, incluso las apariencias pueden ser importantes.

Hay dos situaciones posibles en las que se plantea la falta de imparcialidad judicial: (i) la primera es funcional por naturaleza y se refiere, por ejemplo, al ejercicio de diversas funciones realizadas por la misma persona en el marco del proceso judicial, o a las vinculaciones jerárquicas u otros vínculos existentes entre ésta y otra persona involucrada en el proceso; (ii) la segunda es de carácter personal y deriva del comportamiento de un juez en un caso concreto.

Entendemos que en el procedimiento que nos ocupa las dudas sobre la imparcialidad se pueden justificar objetivamente en ambas situaciones citadas.

A) FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL INSTRUCTOR

La instrucción fue contaminada *in integrum* por la falta de imparcialidad del juez instructor Sr. Llarena y esa contaminación se refleja sobre las fuentes de prueba aportadas al procedimiento y sobre la sentencia.

Así, el Excmo. Instructor demostró tener interés directo o indirecto en el pleito o causa (219.10º LOPJ) con introducción de criterios subjetivos y personales:

- El juez instructor se posiciono como víctima de hechos objeto del presente procedimiento:
 - o El Auto de fecha 21 de marzo de 2018 contenía, respecto a los hechos expuestos, valoraciones realizadas en **primera persona**, situándose el instructor como víctima de los hechos, mediante el uso de la ya famosa frase “(...) la estrategia que sufrimos”.
 - o El día de 16 de mayo de 2018, a solicitud de esta parte, la Sra. Montserrat del Toro fue escuchada como testigo, pero su visualización fue impedida por el uso de un biombo, cuando dicha medida no tenía justificación legal alguna, era absolutamente desproporcionada, vulneraba el derecho de defensa y el principio de inmediación. La medida se acordó de forma ofensiva para los profesionales presentes al haber sido adoptada, según dijo el Instructor, por el riesgo de que la testigo fuera fotografiada por los abogados. El juez instructor reconoce que no tiene argumentos jurídicos para su decisión: *Sé que no es un argumento jurídico, pero sí un argumento de motivos y **este instructor ha vivido**, desde luego no es culpa de los letrados, pero ha vivido la*

divulgación de su domicilio de segunda residencia, ha vivido la divulgación de su domicilio de primera residencia y ha vivido la divulgación de su imagen permanentemente y eso ha supuesto, que como consecuencia del ejercicio de mi propio trabajo, y no me quejo, pero desde luego voy acompañado, y usted alguna vez hemos coincidido, voy acompañado de cuatro escoltas y les puedo asegurar que por la calle soy mirado en cada manzana siete veces.

- El instructor introdujo **valoraciones y posicionamientos políticos** en distintas resoluciones, llevando a cabo un análisis subjetivo de la situación política acaecida en los últimos años en Cataluña, como por ejemplo en los Autos de 9 de noviembre de 2017 y de 21 de marzo de 2018.
- El instructor utilizó **criterios de oportunidad política** en lugar de criterios legales en la imposición de **medidas cautelares de prisión** provisional y acordó prisión provisional a los investigados que se encontraban en libertad provisional, sin que ninguna de las partes acusadoras hubiera solicitado la modificación de las medidas, invocando como criterio estrictamente personal y ajeno a las acusaciones que los investigados presentaban “un grave riesgo de fuga”. Los investigados que fueron citados el día 23 de marzo de 2019 e ingresados en prisión provisional, a pesar de haber cumplido con todas sus obligaciones en libertad provisional, tenían en común ser, todos ellos, Diputados/as del Parlamento de Cataluña, siendo uno de ellos, el candidato a presidente, cuya prisión provisional fue dictada después de la primera sesión de investidura.
- El juez instructor utiliza **criterios de oportunidad política** en lugar de criterios legales, en la gestión de las **euroórdenes**, es a decir, que a la vista de que diferentes órganos jurisdiccionales europeos rechazaban la aplicación total o parcial de las órdenes de detención, optó por retirar las reclamaciones internacionales, llegando al punto de no aceptar la entrega de uno de los procesados respecto del que las autoridades alemanas habían decretado una entrega limitada en cuanto a imputaciones, excluyendo la rebelión. Todo ello exclusivamente siguiendo criterios de oportunidad absolutamente propios de las acusaciones y no de un

magistrado instructor. La consecuencia de ello fue la imposibilidad de las defensas de interrogar a los procesados afectados que en todo momento se han ofrecido a declarar y la imposibilidad, sin causa ni justificación alguna, de las defensas de los procesados afectados de participar en la tramitación de la presente causa, impidiendo así a éstas aportar los conocimientos que pudieran tener para el mejor esclarecimiento de los hechos.

- El utilizó criterios de estrategia procesal que vulneran los derechos de las defensas en el presente procedimiento, una estrategia procesal creada *ad hoc* para la investigación y enjuiciamiento de los presentes hechos que conlleva la creación de **procedimientos judiciales paralelos** en aras a crear una instrucción fragmentada y practicada a espaldas de las defensas personadas en la presente causa. No solamente el juez instructor no procedió a acumular los diferentes procedimientos, sino que permitió que el Ministerio Fiscal seleccionase las diligencias practicadas en los procedimientos ajenos al presente para su incorporación sin participación de las defensas (en este sentido, por ejemplo, la Providencia de 8 de mayo de 2018 al folio 4455 del tomo 8 de las actuaciones, que acordaba solicitar al Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona más de 1.100 folios dividido en 84 peticiones seleccionadas por el Ministerio Fiscal). Todo ello demostrando un sesgo en favor de la acusación evidente.
- El instructor impuso **criterios en la tramitación procesal de manera desigual**, tendentes a restringir el derecho de defensa y a un procedimiento con todas las garantías. La inadmisión de dichos recursos se ha basado siempre en una supuesta extemporaneidad que trae causa de la errónea aplicación del cómputo de los plazos procesales, viéndose las defensas obligadas a interponer recursos contra la inadmisión. En otras ocasiones se ha producido la admisión a trámite de recursos de las acusaciones que se basan en otros criterios de cómputo de plazos más beneficiosos para dicha parte.

Existe un conjunto de actuaciones del juez instructor, todas ellas vulneradoras o que han restringido los derechos de las defensas, que únicamente encuentra

explicación lógica bajo el supuesto de la existencia de un interés directo o indirecto sobre el fondo del procedimiento que lleva al juez instructor a articular criterios de oportunidad, y no de legalidad, en la toma de sus decisiones y resoluciones, vulnerando así el derecho a un juez imparcial como expresión del derecho a un procedimiento con todas las garantías y a un juicio justo.

B) FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO

Con relación al ejercicio colegiado de la función jurisdiccional, es relevante recordar que no resulta decisivo para el análisis de la conformidad con el artículo 6.1 CEDH que las dudas de parcialidad se proyecten sobre un único juez o magistrado, puesto que, considerando el secreto de las deliberaciones, puede ser imposible determinar la influencia real de un juez en la toma de decisiones y la imparcialidad del tribunal podría estar abierta a dudas reales.¹⁴⁶

Esta parte interesó en su día abstención y, subsidiariamente, la tramitación de un incidente de **recusación**, contra los miembros del Tribunal Supremo que han compuesto la Excma. Sala de Enjuiciamiento. Tal solicitud fue desestimada, mediante Auto de fecha 13 de setiembre de 2018 dictado por la Excma. Sala Especial prevista en el artículo 61 LOPJ, por lo que se reprodujo en cuestiones previas de conformidad con el art. 228.3 LOPJ, solicitud que ha sido desestimada nuevamente en la Sentencia ahora recurrida.

Los motivos de abstención, o en su caso de recusación, que concurrían con relación a la Excma. Sala eran los previstos en los apartados 9º, 10º, 11º y/o 13º del artículo 219 LOPJ.

a) Admisión de querrela.

Los magistrados designados para conocer de la causa eran, el presidente de la Sala Penal del TS, Sr. Manuel Marchena, y los magistrados Sres. Andrés Martínez Arrieta, Juan Ramón Berdugo, Luciano Varela, Antonio del Moral, Andrés Palomo y Ana María Ferrer, composición derivada del Acuerdo de 23 de noviembre de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ y conforme a la exigencia de configuración de la Sala de enjuiciamiento por siete magistrados (artículo 145 LECr).

¹⁴⁶ STEDH Otegi Mondragon c. España, de 6 de noviembre de 2018, § 67.

La cuestión es que cuatro de los magistrados, Sr. Manuel Marchena Gómez, Sr. Andrés Martínez Arrieta, Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y Sr. Luciano Varela Castro, habían participado con anterioridad en el trámite de admisión de la querrela presentada contra los procesados por el Fiscal General del Estado el 30 de octubre de 2017.

Las defensas estaban obligadas a ejercitar el derecho legítimo a recusar a los magistrados del Tribunal por falta de independencia e imparcialidad, como medio para garantizar un proceso justo y ello se hizo conforme al artículo 219.11º LOPJ en cuanto que establece el hecho de *haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*.

Posteriormente tales Excmos. Magistrados también dictaron diferentes resoluciones en sede de la instrucción del presente procedimiento como el Auto de fecha 18 de diciembre de 2017, que desestimaba el recurso de súplica interpuesto por esta parte contra el inicial Auto de admisión a trámite, así como posteriormente también la Providencia de fecha 29 de enero de 2018 y el Auto de fecha 10 de abril de 2018.

Dichas valoraciones, ejercidas por quienes tenían atribuida la función de enjuiciar los presente hechos, conllevan necesariamente y de manera objetiva un previo estudio y valoración fáctica y jurídica de los mismos hechos por los que se debía enjuiciar a mis mandantes, afectando a su necesaria imparcialidad.

Es decir, de acuerdo con lo establecido en el artículo 313 LECr, la admisión o no a trámite de una querrela viene determinada por la **necesaria valoración de los hechos y si los mismos constituyen o no un delito**, obligando al órgano instructor (en este caso, la Excma. Sala de Admisiones que se corresponde en parte con la Sala enjuiciadora) a efectuar un juicio de tipicidad sobre los hechos que se exponen en la inicial *notitia criminis*.

Los Excmos. Magistrados no solamente realizaron una valoración de los hechos objeto del presente procedimiento, sino que en dicha resolución el juicio de tipicidad que se realiza de ellos va mucho más allá de la mera corroboración de unos supuestos indicios de criminalidad, sino que se profundiza en la calificación jurídica de los mismos cristalizando así el profundo análisis jurídico que de ellos efectuaron los Excmos. Magistrados.

La mera posibilidad de considerar que los Excmos. Magistrados encargados de enjuiciar a los Sres. Junqueras y Romeva hayan dado ya “por supuestas” casi todas, muchas o algunas de las “valoraciones fácticas y jurídicas” efectuadas por el Ministerio Fiscal en su querrela implica necesariamente un indicio de parcialidad.

Otro indicio de parcialidad es el hecho que en la admisión a trámite a la querrela **no se aplica la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria** respecto a los/as diputados/as que, desde ese momento, resultaban en condición de investigados/as por unos hechos que se relacionaban con sus funciones parlamentarias.

En tercer lugar, el mismo Auto acordó **declarar la competencia** de la Excma. Sala Segunda respecto a los hechos objeto de la Querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal mediante un necesario y profundo análisis de los hechos, así como mediante una interpretación arbitraria y extensiva de lo dispuesto en el artículo 57 del Estatut d’Autonomia de Catalunya.

A la vista de todo ello, cuando la Excma. Sala dictó Auto de fecha 27 de diciembre de 2018 por el que acordaba ratificar su competencia respecto de los hechos objeto del presente procedimiento, tal pronunciamiento estaba objetivamente predeterminado por los anteriores pronunciamientos ya efectuados en parte por la misma Excma. Sala dado que cuatro de sus integrantes ya se habían pronunciado en relación a dicho esencial extremo del presente procedimiento afectando así la imparcialidad necesaria.

La Sala que estudió la recusación formulada decidió inadmitirla por estimar que no existía dato o indicio alguno para sostener que los magistrados recusados habían entrado en contacto con la instrucción del procedimiento, ya que no habían valorado ninguna de las decisiones acordadas por el Juez Instructor, ni habían examinado por vía de recurso las diligencias y actuaciones practicadas durante la instrucción.

b) Participación en el caso 9-N.

Los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez, D. Juan Ramón Berdugo, D.^a Ana María Ferrer y D. Andrés Palomo participaron (como instructores o miembros del tribunal de enjuiciamiento) en la Causa Especial 20249/2016 seguida contra el entonces diputado Sr. Francesc Homs y

que llevó a su condena por un delito de desobediencia grave con relación al caso conocido como del 9-N.

La Sentencia que ahora combatimos analiza **hechos parcialmente coincidentes** con el objeto de dicho procedimiento, que son nuevamente sometidos a criterio de los referidos magistrados.

c) Relación entre miembros del Tribunal Supremo y Fiscalía.

De conformidad con los artículos 219.9º y 219.10º LOPJ existen circunstancias que afectan a la imparcialidad subjetiva de los Excmos. Magistrados de la Sala Segunda relacionados con el hecho de que, las causas contra aforados, cuando ello sucede ante el Tribunal Supremo, se despachan **tanto en fase de instrucción como de enjuiciamiento por magistrados del mismo órgano jurisdiccional y de la misma Sala**. Incluso en ocasiones la acusación se produce a través de la acción penal ejercitada desde la Fiscalía General del Estado que, como en el caso que nos ocupa, fue dirigida por un exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Existe, por tanto, una más que probable confusión y una evidente relación, por mor de la natural colaboración diaria entre los miembros de la Sala Penal, entre las tareas de instrucción y enjuiciamiento repartidas entre miembros de la misma Sala del mismo órgano jurisdiccional. Además, como se ha dicho, el titular de la Fiscalía General promotor de la acción penal (Fiscal General Sr. Maza) compartió compañerismo profesional y amistad declarada durante muchos años con los miembros del Tribunal de Admisión de la Querella y enjuiciamiento, hecho que no por normal e incluso deseable puede evitar la existencia de dudas de imparcialidad.

d) Apariencia de parcialidad del presidente del Tribunal.

Se denunció ya en el trámite de recusación que en el mes de noviembre de 2018, antes de que empezara el Juicio Oral, se hizo pública la noticia de que el presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo sería propuesto como Presidente de dicho Tribunal y del Consejo General del Poder Judicial, fruto de la negociación política tradicionalmente previa a la propuesta de dicho cargo que se produce, aunque sea incongruente con la regulación legal, incluso antes del nombramiento de los vocales del CGPJ en el trámite de renovación.

El senador Sr. Ignacio Cosidó remitió un mensaje al grupo político del que era miembro (Partido Popular) en el que situaba al presidente Sr. Marchena como afín a las tesis de su partido y como “hombre de confianza” que proporcionaría un “control desde atrás” del Tribunal Supremo. Las dudas sobre la imparcialidad e independencia del presidente quedaron públicamente vertidas, por más que el presidente renunciara a dicho nombramiento por el momento.

La confirmación de la realidad del mensaje, así como el de la realidad de la propuesta del candidato Sr. Manuel Marchena se produjo con la pública comunicación de éste renunciando al nombramiento.

La noticia había acreditado, no obstante, y aunque fuera en el terreno de las apariencias, que el presidente Sr. Manuel Marchena era calificado de aliado del partido de gobierno, hecho que afecta no sólo a la independencia judicial sino que pone dudas sobre la imparcialidad del magistrado a la vista del posicionamiento del partido de gobierno respecto de los hechos enjuiciados y el protagonismo de muchos de sus líderes en el desarrollo de la prueba en Juicio oral.

En el capítulo pertinente se denunciará cómo el Tribunal de enjuiciamiento no permitió recibir declaración al mencionado senador Sr. Cosidó para que revelara qué elemento le hacían situar al presidente del Tribunal en posición tan afín a su partido político y gobierno.

6.4 RUPTURA DE LA CONTINENCIA DE LA CAUSA Y MULTIPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS

La causa se ha desarrollado mediante la separación indebida e intencionada de investigaciones en distintos procesos, perjudicando así la defensa de los investigados y acusados, discriminando su posición respecto de las acusaciones. Son múltiples las decisiones judiciales que han generado ese espacio de discriminación de la defensa frente a la acusación y eliminado la protección del derecho al proceso con todas las garantías y sin indefensión o el derecho al juicio justo de los artículos 24 CE y 6 CEDH.

La indebida tramitación separada de hechos inescindibles ha sido denunciada durante todo el procedimiento, así como sus efectos sobre el derecho a la defensa y al juicio justo en sus manifestaciones de protección del derecho a

diseñar una defensa eficaz y contradictoria en igualdad de armas, a conocer los elementos que fundamentan su imputación y acusación, y a la utilización de la información y pruebas de tales procesos en la propia defensa.

Desde el inicio de la investigación y hasta el final del Juicio Oral esta parte definió la gestión de la investigación penal como **un puzle del que sólo las acusaciones conocían todas sus piezas**, merced a la tolerancia del órgano judicial, que reducía las posibilidades de plantear una defensa adecuada.

Existen diligencias de investigación de Fiscalía iniciadas en el año 2015, prorrogadas y mantenidas fuera del alcance de las defensas y ocultadas incluso a los órganos judiciales, constitutivas de una **causa general o prospectiva** del espacio político independentista. En ellas se investigaban personas y hechos sometidos al procedimiento que nos ocupa.

En el Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona (en adelante JIB13) se inició una investigación secreta, igualmente prospectiva, en la que se obtuvieron informaciones y medios de prueba sólo al alcance de las acusaciones. En dicho procedimiento se investigan los mismos hechos que han sido objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento. De dicho procedimiento proceden la mayoría de las fuentes de prueba valoradas por el TS cuya legalidad, además, se cuestiona.

En el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJ) se investigan en distintos procedimientos los mismos hechos que se han juzgado en el presente procedimientos, tanto los referidos a la actuación de la Mesa del Parlament como los referidos a la organización del referéndum.

Ante el Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional (en adelante JCI3) se investigan y están actualmente enjuiciándose hechos inescindibles respecto de los que se han juzgado en la causa de referencia, vinculados a las manifestaciones y protestas ciudadanas del 20-S y del 1-O.

En todos esos procedimientos **la investigación se dirige, de facto, también hacia mis mandantes** los Sres. Oriol Junqueras y Raül Romeva, sin que se haya efectuado una imputación formal ni se les haya informado o instituido de sus derechos y garantías de acuerdo con los principios del proceso penal.

Y en todos esos procedimientos la investigación policial ha sido delegada (de forma absoluta y sin control judicial) en la misma unidad de la Guardia Civil que, a propia iniciativa, ha realizado acopio de fuentes de prueba sirviéndolas indistintamente a los distintos órganos judiciales mencionados y ocultando información favorable a las defensas, incluida esta parte.

Existen, por tanto, distintos procedimientos judiciales sobre **la misma realidad y sobre las mismas personas**, cuya imprescindible tramitación conjunta se ha denegado. Mientras esta parte sólo participa en la Causa Especial de referencia, las acusaciones conocen la totalidad de los otros procedimientos al ser parte en ellos.

Esos múltiples procedimientos constituyen una investigación **materialmente secreta** para los acusados, causante de indefensión tanto durante la instrucción como en el plenario, debido a la prohibición de acceso determinada por jueces y tribunales pese a la reiterada solicitud de información efectuada por las defensas.

Sin embargo, la defensa tiene derecho a controlar el producto de procedimientos ajenos al que se halla sometida, sobre todo en lo relativo a las necesarias facilidades que debe tener para **cuestionar la validez de la prueba obtenida en procedimientos ajenos**.¹⁴⁷

La realidad que se describe ha generado un escenario de indefensión que puede concretarse en distintos puntos:

- a) Continencia de la causa: El Tribunal ha configurado el objeto del procedimiento mediante criterios de oportunidad imprevisibles, permitiendo la tramitación separada de investigaciones sobre hechos idénticos o indisolublemente vinculados e **impidiendo su enjuiciamiento conjunto**, causando indefensión.
- b) Extravío de la solicitud de acumulación: No se ha dado respuesta a la solicitud de acumulación de procedimientos formulada por esta parte en tiempo y forma que **ha desaparecido del expediente** judicial y no ha sido analizada por el Tribunal.

¹⁴⁷ STEDH Matheron c. Francia, de 29 de marzo de 2005, §§36-44.

- c) Falta de información y pruebas de procedimientos ajenos: El TS ha impedido a las defensas conocer y/o utilizar **informaciones y fuentes de prueba imprescindibles para la defensa de los acusados que se encuentran en otros procedimientos judiciales**, con desigualdad de armas respecto de la acusación.
- d) Violación de derecho de la Unión: Dicha falta de información conculca las previsiones de la **Directiva 2012/13** de información en los procedimientos penales.
- e) Inutilización de prueba: La fragmentación de procesos ha inutilizado y contaminado prueba testifical de testigos **investigados en otros procedimientos** que no han podido participar en el Juicio oral personalmente ni a través de sus defensas.

La primera de las irregularidades se produce por la voluntad de disgregar el natural tratamiento procesal conjunto de una misma realidad, como se explicará a continuación.

A) CONTINENCIA DE LA CAUSA

El TS no ha preservado, como garantía de la defensa, las condiciones de **enjuiciamiento conjunto de hechos inescindiblemente vinculados** entre sí.

Las causas seguidas, de forma artificial e indebidamente separada, ante el JIB13, JCI3, TSJ y TS eran y son **inescindibles**.

La reclamación de enjuiciamiento conjunto se ha efectuado en tiempo y forma y concretamente se formuló mediante solicitud de inhibitoria en un escrito que ha desaparecido del expediente, negándose el Tribunal hasta el día de hoy a reconstruir las actuaciones con dicha desaparecida solicitud.

La conexión e íntima relación de procedimientos ya se estableció en la querrela inicial presentada ante el JCI3 (folio 57).¹⁴⁸ La **absoluta conexidad** de procedimientos entre el JCI3 y el TS la advertía ya la Magistrada Instructora del JCI3 (folio 529) diciendo *considero que la investigación no debe ser escindida*,

¹⁴⁸ A modo de ejemplo al folio 60 se integra la gestión de páginas web en el relato de imputación (incluso con referencia a su bloqueo por el JIB13) y otro tanto sucede al folio 100. Estos hechos forman parte del objeto del procedimiento ante el Tribunal Supremo.

sino que debe realizarse **de forma conjunta y en un único procedimiento** a fin de poder determinar y valorar con **conveniente coherencia** la participación concreta de cada una de las personas investigadas y los delitos en que cada uno puede haber incurrido (...) la investigación por separado **dificultaría el esclarecimiento y la comprensión** de toda la estrategia colaborativa desarrollada por los investigados (...) en definitiva la actuación de los investigados **no se puede examinar de forma aislada** y desvinculada de la organización de la que ellos y posiblemente otros han formado parte para culminar un propósito común. En esta actuación coordinada confluyen conductas constitutivas de distintos delitos, delitos entre los que existe **evidente conexidad**, razón por la que cualquier escisión de la causa inevitablemente conduciría al **examen parcial y sesgado** de los hechos (...) la investigación conjunta de los hechos y de sus partícipes es **la única manera de comprender** en su integridad toda la trama y de dilucidar las responsabilidades individuales susceptibles (folios 544 y 545).

Al folio 1253 Fiscalía pedía la acumulación (que se concedía) de las DP 3/17 del TSJ de Catalunya porque allí “se investiga la utilización de fondos para sufragar el referéndum”. Sorprendentemente **se evita acumular el procedimiento del JIB13 que tiene el mismo objeto** y de donde provienen todas las fuentes de prueba del procedimiento del TS.

La Fiscalía argumentaba también la **necesidad de acumulación** de parte del procedimiento del JCI3 y JIB13 diciendo *su incorporación a la causa como investigados* [Sres. Jové y Traperó] *-en aplicación de las reglas de conexión y de la necesaria inescindibilidad que el procedimiento demanda-* es **absolutamente inexcusable** por las razones que a continuación se van a exponer (...). Al folio 1264 se hace una firme **defensa de la unidad de procedimiento**.

El Abogado del Estado cuando comparece al folio 2088 defiende la inescindible relación de procedimientos cuando cita como objeto de la Causa Especial la malversación (hechos investigados tanto en el JIB13 como en el TSJ) y la evidente **necesidad de coordinación de la investigación**.

En la instrucción penal ante el TS se producen situaciones como la que se refleja al folio 2722 con relación al interrogatorio de un testigo: *Por las defensas se protesta por las preguntas del Ministerio Fiscal pues no disponen de dichos*

correos y solicitan la exhibición en este acto de los mismos. Por S. S^a se rechaza la petición, constando la protesta de las defensas. Por el Ministerio Fiscal se informa que esos correos están incorporados en el Jdo. Central 3 Atestado 2018-101743-14, que aportará a los autos. La relación y dependencia de todas las investigaciones paralelas es evidente.

La conexidad entre las causas del TS y del JCI3 es incluso presupuesto fundamental de la tesis de la Fiscalía que en su querrela hablaba de que la estrategia política llevaba **“ontológicamente anudado”** el control de los *Mossos d’Esquadra*. La Sentencia y el debate del Juicio Oral es fiel reflejo de la inescindible conexión entre ambas causas.

El propio juez del JIB13 remite exposición razonada (folio 4390) para solicitar la acumulación parcial de procedimientos. Respecto de ella la Fiscalía manifiesta (folio 5298) que existe una **conexión ineludible** respecto de los Sres. Jové y Salvadó (actualmente investigados en una nueva causa distinta ante el TSJ) con una defensa a ultranza de lo **“esencial” que resulta para la causa del Tribunal Supremo las fuentes de prueba del JIB13.**

Al folio 5180 se efectúa un volcado directo de un atestado del JIB13 a la causa del Tribunal Supremo porque **“el objeto de investigación es el mismo”** y el Fiscal informa al folio 6893 de forma muy explícita diciendo que la investigación del JIB13 lo es por **“unos mismos o análogos hechos”**, es decir, con una relación inescindible entre procedimientos.

El mantenimiento separado del enjuiciamiento de los hechos descritos en los procedimientos reseñados se ha efectuado con detrimento de las garantías de defensa. Los acusados tenían derecho a discutir en un único procedimiento todas las fuentes de prueba e investigaciones.

La preservación de la continencia de la causa resulta implicada en la protección de la tutela judicial efectiva y el proceso con garantías.¹⁴⁹

La **indefensión y desigualdad de armas** se deriva de: (i) la imposibilidad de conocer, controlar y participar en la prueba obtenida en procedimientos ajenos así como cuestionar su legalidad y validez, (ii) la imposibilidad de seleccionar de

¹⁴⁹ La STC 5/1991 discute sobre la vulneración del principio de continencia.

esas fuentes de prueba los documentos, testigos y peritos favorables a la defensa, (iii) la imposibilidad de preparar interrogatorios eficaces frente a los testigos de la acusación al desconocer la defensa el contenido de sus previas declaraciones y su confrontación con otros elementos de prueba inaccesibles, y (iv) la tolerancia y protección de las acusaciones con relación al uso de la información de tales procedimientos ajenos.

Las acusaciones, como parte en todos los procedimientos, sí han podido desplegar sus estrategias de acusación en plenitud, conociendo, controlando y participando en la práctica de cualquier fuente de prueba, seleccionando para su traslado al procedimiento del TS aquella favorable a su tesis.

La preservación de la continencia de la causa la defiende el mismo TS en su Sentencia¹⁵⁰ (página 89) para afianzar su competencia frente a determinados acusados, pero contradictoriamente no la extiende cuando está en juego la **protección del derecho a la defensa eficaz** y al juicio justo. Ello demuestra también una falta de imparcialidad del TS, maquillada por la supuesta garantía de la contradicción de la prueba en plenario que no puede sanar la indefensión y desigualdad de armas expuesta anteriormente.

B) EXTRAVÍO DE LA SOLICITUD DE ACUMULACIÓN

La petición de acumulación de procedimientos fue formulada de conformidad con el artículo 26 LECr en forma de inhibitoria ante el TS para la incorporación del Sumario 5/2018 (antes Diligencias Previas 118/2017) del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona. **Dicha inhibitoria fue presentada el día 22 de marzo de 2018 pero no consta en el expediente judicial.**¹⁵¹

Pese a la desaparición de la inhibitoria, en su momento esta representación (en la certeza de la pendencia de la solicitud) recordó con insistencia que la cuestión estaba por resolver. Al folio 6550 los procesados dicen literalmente que ***no le consta a esta parte aún resuelta la solicitud de acumulación de las Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona formulada mediante escrito de fecha 22 de marzo pasado. Dicha solicitud debe***

¹⁵⁰ Con cita del ATS de 1 de julio de 2009 dictado en la Causa Especial 2026/2009.

¹⁵¹ Mediante escrito de 5 de octubre de 2018 se tuvo que acompañar la justificación de presentación de la inhibitoria en el sistema LexNet y se solicitaba la reconstrucción de autos.

resolverse **antes de finalizar la instrucción** presente puesto que de ello depende el respeto a los derechos de las partes.

Nunca el TS ha resuelto dicha inhibitoria ni ha dado razón alguna de su desaparición del expediente judicial. En ninguna de las ocasiones que esta parte ha recordado al Tribunal la pendencia de dicha solicitud de acumulación se ha obtenido respuesta fundada, cuando es evidente que *las resoluciones judiciales deben expresar adecuadamente los motivos en los que se basan.*¹⁵²

Haber evitado dar respuesta a una inhibitoria supone un ataque directo al derecho al juicio justo, no solamente por lo razonable de la pretensión sino por no dar una respuesta concreta. *Cualquier decisión sobre el tratamiento separado de causas con fuertes vínculos fácticos debe basarse en un análisis cuidadoso de todos los intereses en juego, de tal forma que los coacusados tengan la oportunidad de oponerse a dicha separación de procedimientos.*¹⁵³

Con la omisión a dar respuesta a esa solicitud se mantenía una artificial separación de procedimientos inescindibles en beneficio de una tramitación “apresurada”¹⁵⁴ del proceso por criterios de oportunidad, causando indefensión.

C) INFORMACIÓN Y PRUEBAS DE PROCEDIMIENTOS AJENOS

La violación de derechos, sin embargo, se agrava y va mucho más allá de la tolerancia de procedimientos separados y la negativa a examinar motivos para su acumulación.

El Tribunal Supremo ha impedido a las defensas conocer y/o utilizar informaciones y fuentes de prueba imprescindibles para la defensa de los acusados que se encuentran en otros procedimientos judiciales plenamente identificados, manteniéndolas **materialmente secretas** para las partes a través de denegar el acceso a tales procedimientos e inadmitiendo fuentes de prueba imprescindibles para la defensa. Contrariamente **las acusaciones han conocido y participado en todos los procedimientos paralelos, seleccionando exclusivamente las fuentes de prueba necesarias a sus intereses.** Con ello se ha generado un déficit de información relevante y la

¹⁵² STEDH Moreira Ferreira c. Portugal nº2 (GS) de 11 de julio de 2017, §84.

¹⁵³ STEDH Navalnyy y Ofitserov c. Rusia de 23 de febrero de 2016, §104.

¹⁵⁴ Ya desde la decisión de 1978 de la Comisión en el asunto Bonzi c. Suiza se estableció que el artículo 6.3.b CEDH protege al acusado frente a un juicio “apresurado”.

imposibilidad de articular prueba defensiva en clara desigualdad de armas respecto de la acusación.

No ha existido propiamente investigación judicial ante el TS que se ha servido de otros jueces y tribunales para llevar a cabo su investigación sin participación de las defensas.

Se ha omitido una etapa clave del proceso penal: la investigación con participación contradictoria de las defensas.

El (i) mantenimiento de causas separadas afectantes a los mismos hechos y personas, (ii) permitiendo que las acusaciones seleccionen de dichos procedimientos las pruebas de acusación, (iii) impidiendo la tramitación conjunta o acumulación de procedimientos, (iv) sin admitir como medios de prueba de defensa tanto el acceso a la información de dichos procedimientos como la práctica de concretos medios de prueba, para finalmente (v) fundamentar la culpabilidad en medios de prueba provenientes de dichos procedimientos, supone una transgresión de los derechos de defensa e igualdad de armas flagrante.

El sesgo favorable a la acusación es flagrante.

Y ese aprovechamiento estratégico de la fragmentación y dispersión de procedimientos conexos por las acusaciones se produce desde el primer momento de su incoación y hasta el Juicio Oral.

La igualdad de armas es una característica inherente al juicio justo. Obliga a que las partes tengan la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no les sitúen en desventaja respecto de sus oponentes. El TEDH toma en consideración, en el análisis de la igualdad de armas, incluso las apariencias sobre su respeto.¹⁵⁵

El artículo 6.3.b CEDH otorga también relevancia al **acceso al expediente judicial** y al **conocimiento del material probatorio**. En dicho contexto se solapa con el principio de igualdad de armas y el juicio contradictorio previsto en el artículo 6.1 CEDH.¹⁵⁶

¹⁵⁵ STEDH Faig Mammadov c. Azerbayán, de 26 de enero de 2017, §19.

¹⁵⁶ STEDH Leas c. Estonia, de 6 de marzo de 2012, §77.

En el Otrosí Segundo de la Querrela la acusación pública ya solicitaba la importación de todos los particulares “que fueran de interés” de los procedimientos del JIB13 y JCI3 (folio 124). Las acusaciones, al conocer el contenido de todos los procedimientos, seleccionan sólo aquellas pruebas e informaciones que convienen a sus intereses.

La indefensión derivada de la duplicidad y tramitación paralela de investigaciones sobre los mismos hechos ha sido denunciada reiteradamente por las defensas en el procedimiento, al tiempo que se reclamaba la tramitación conjunta (folios 215, 471, 580, 649, 818, 2062, 2135, 2592, 2820, 2910, 2968, 4130, 6104, 6550, 7081).

La instrucción en el procedimiento del TS es casi inexistente puesto que se ha desarrollado en otros procedimientos impermeables a la participación de las defensas. Dicho procedimiento incorpora fuentes de prueba e informaciones de los procedimientos del JIB13, el JCI3 y el TSJ donde se produce materialmente la investigación a espaldas de las defensas. Fundamentalmente la causa incorpora particulares seleccionados de la investigación del JIB13 sin participación ni control de las defensas (folios 762, 1074, 1883, 3209, 5744).

El Atestado 2017-101743-112 (Pieza Separada 4) es producto casi exclusivamente de la investigación del JIB13 con referencias concretas a la agenda *Moleskine* (prueba de cargo valorada en Sentencia).

Es importante resaltar que las diligencias importadas del JIB13 tienen que ver con **injerencias en derechos fundamentales** que las defensas tienen derecho a cuestionar a partir de un conocimiento completo de los autos y con la posibilidad de conocer y utilizar todo su material.

La desigualdad de armas entre acusación y defensa es evidente. Al folio 1525 la Fiscalía pide (25 de enero de 2018) la anexión de dos atestados, el 2017-101743-116 del JCI3 y el 2017-101743-113 del JIB13, pero **los incorpora directamente a la causa** porque los tiene desde mediados del mes anterior. Esos atestados son la introducción absoluta del resultado de la investigación seleccionada (*cherry picking*) del JIB13 relativa al asunto “Unipost” (hechos valorados en la Sentencia páginas 439 y ss).

Se impide cualquier conocimiento para las defensas de los procedimientos en los que se practican las investigaciones principales en las que se fundará la acusación y se impide que las defensas argumenten a partir de la necesaria interrelación de procedimientos para demostrar, entre otras cosas, las irregularidades en la obtención de fuentes de prueba o poder interrogar debidamente a testigos de la acusación.

La doctrina que establece el TEDH en *Matanović* resulta de aplicación al caso, puesto que determina claramente que la *relevancia de la prueba no sólo tiene que ver con los hechos del procedimiento, sino también con las condiciones de admisibilidad, fiabilidad y suficiencia de la prueba.*¹⁵⁷

Y evidentemente este Excmo. Tribunal tiene que analizar, también, los efectos sobre el derecho a la defensa que tenía el desconocimiento de las fuentes de prueba o informaciones sobre las que los testigos de acusación han basado sus apreciaciones durante el juicio oral.

La Pieza Separada nº10 contiene el Atestado 2018-101746-010 que se basa en el contenido de la investigación del JIB13. Nada en dicho atestado proviene de una instrucción efectuada dentro del proceso del Tribunal Supremo. En dicho atestado se dice (página 32) que *Los preparativos y la logística del referéndum estaban muy avanzados, como se pudo comprobar tanto de la investigación de la que entiende el Juzgado nº13 de Barcelona en las DP 118/2017 como de los hechos que finalmente se fueron produciendo.* Dicho atestado es producto de la ilícita investigación del JIB13 e incluso se remite (página 108) a investigaciones extraprocesales (diligencias de Fiscalía).

En la página 143 del atestado todas las imputaciones se basan en material del JIB13. Se efectúa por la policía una selección de emails sin que las defensas puedan controlar las condiciones de selección de dicha información ni rebatirla mediante el conocimiento y/o utilización de la información complementaria que se haya producido en el procedimiento donde se han obtenido las fuentes de prueba.

El Instructor del TS conoce (folio 3121) la alegación de vulneración de derechos fundamentales relacionada con la causa del JIB13, pero deniega amparar a los

¹⁵⁷ STEDH *Matanović* c. Croacia, de 4 de abril de 2017, §161.

investigados y fundamenta el procesamiento en las causas del JIB13 y el JCI3. Incluso el investigado en el JIB13 Sr. Lluís Salvadó pide amparo (folio 5347) con un documento en que **cuestiona la licitud de la entrada y registro**.

La Fiscalía pide (folio 4439) múltiples diligencias del JCI3 y del JIB13 que sólo las acusaciones conocen, seleccionando el material a su conveniencia. Las fuentes de prueba son admitidas acríticamente por Providencia de 8 de mayo de 2018 (folio 4455). Se genera un **canal de introducción de una investigación paralela** de acuerdo con la estrategia de acusación.

Dicha situación es claramente denunciada en la doctrina *Matanović* que, en el caso español, debe partir del principio establecido en el artículo 2 LECr.

En *Matanović* (§§181-182) se establece que en aquellos sistemas en los que la acusación está obligada legalmente a considerar tanto los hechos favorables como los desfavorables al sospechoso, un procedimiento donde sea la propia acusación la que determine la relevancia de los elementos del caso, sin suficientes garantías procedimentales para el derecho a la defensa, no resulta compatible con el artículo 6.1 CEDH.

Este Excmo. Tribunal debe analizar la compatibilidad entre un sistema de investigación extraprocesal, que tolera una delegación en la Fiscalía y la policía, sin dirección judicial, y las garantías establecidas en el artículo 24 CE y el artículo 6 CEDH.

Pese a la aplicación en el proceso español de una norma de procedimiento del siglo XIX que el TS no adapta a las circunstancias de un sistema penal democrático moderno, lo cierto es que dicho sistema debe garantizar en cualquier caso la **neutralidad** de la investigación, dinamitada en el caso que nos ocupa mediante la generación de un espacio de protección desigual de las acusaciones, conectoras de la información de todos los procedimientos que se utiliza sólo para la configuración de la estrategia de acusación.

La ley, aunque su texto sea antiguo, debe interpretarse actualmente a la luz del Derecho de la Unión, la CE y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, instrumentos todos ellos que contienen principios y normas relativas a la neutralidad de los investigadores, que impregnan, por ejemplo, el

derecho derivado aplicable al proceso penal (Directivas 2012/13, 2013/48 y 2016/343).

Sin embargo, se deniega, incluso, la posibilidad de un control indirecto del material proveniente de tales procedimientos. Así, los investigados (folios 4845 y 4854) solicitan que **vengan a declarar todos los testigos de los que se importan declaraciones** de otros procedimientos, pedimento que no encuentra respuesta del Instructor.

Como **medio de prueba** para el Juicio Oral se solicitó tanto el conocimiento de los procedimientos de JIB13 y JCI3 (derecho a la información estrictamente) como la utilización de documentos concretos de tales procedimientos para cuestionar la legalidad de la investigación (derecho a la prueba).

En el escrito de defensa se solicitaba como Documental A.1 determinados particulares concretos del JIB13 *necesarios para la defensa de la existencia de vulneración de derechos fundamentales en dicho procedimiento afectante al material probatorio incorporado en las acusaciones.*

Como Documental A.2 se reclamaba testimonio íntegro de la causa del JCI3 al entender que debía *garantizarse que las partes en el procedimiento puedan conocer, relacionar y usar los datos que forman parte de tal expediente, por su inescindible conexión con la Causa Especial así como por la necesaria puesta a disposición de las partes del material que les permita articular estrategias defensivas, no sólo para cuestionar la prueba y argumentos de cargo, sino también para obtener información que permita cuestionar la legalidad (...) resulta imprescindible conocer todo el contenido de las actuaciones (que se desconoce por haber impedido la Ilma. Sra. Instructora expresamente tomar conocimiento de dicho procedimiento a esta parte) para determinar qué material probatorio resulta útil para la defensa y si existen irregularidades que tornen los medios probatorios introducidos en la Causa Especial en prueba ilícita por su origen o derivación.*

Dichas solicitudes fueron inadmitidas por el TS. La Sentencia no explicita en modo alguno las razones de la denegación de los concretos particulares que acreditaban la ilegalidad de las fuentes de prueba importadas del JIB13 en una

clara **incongruencia omisiva** que el TS no resuelve tras la solicitud efectuada de aclaración o complemento en su Auto de 18 de noviembre de 2019.

Sin embargo, *cualquier acusado debe tener la oportunidad de organizar su defensa de forma apropiada sin restricción alguna para ofrecer al tribunal argumentos de defensa que puedan influir en el resultado del proceso.*¹⁵⁸

En definitiva, la indefensión se crea porque las defensas (i) **no pueden obtener o usar ningún tipo de información de descargo** o de crítica de la prueba de cargo proveniente de otros procedimientos (al no ser parte), (ii) no tienen un conocimiento profundo que permita **el cuestionamiento de la legalidad** en la obtención de fuentes de prueba que resulta necesario para formular cuestiones previas u objeciones a la licitud de la investigación, cuando hay datos de que en tales procedimientos (los ajenos al presente) se está cuestionando de forma muy importante la regularidad en la obtención de pruebas, (iii) todo ello frente a una absoluta **sobreprotección de las acusaciones** que conocen, controlan y usan informaciones y fuentes de prueba de dichos procedimientos ajenos.

La defensa tiene derecho a objetar la acusación en **condiciones de igualdad.**¹⁵⁹ La técnica de fragmentación de procedimientos bajo el control de las acusaciones ha servido a la generación de una **investigación ausente de control** en la que ha descansado una causa general o prospectiva contra mis mandantes, basada en injerencias irregulares en sus derechos fundamentales, realidad que **esta parte tiene derecho a probar mediante el acceso y uso de cualquier información** que pueda ser filtrada para la demostración de la nulidad interesada.

Conviene detenernos para analizar un elemento de importancia y es que el Tribunal defendió durante el Juicio Oral un **significado del principio de contradicción erróneo** o inadecuado e insuficiente para sanar la indefensión cometida.

Dicha visión, objetada por esta defensa durante el juicio, se describe parcialmente en la página 138 de la Sentencia y fue anunciada también durante la sesión de juicio del día 14 de febrero de 2019. Allí se defiende la contradicción

¹⁵⁸ STEDH Gregačević c. Croacia, de 10 de julio de 2012, §51.

¹⁵⁹ Sobre la igualdad de armas, por todas, la STC 178/2001, de 17 de abril.

como regla de tratamiento **exclusivamente vinculada al plenario** y rechazando la inclusión de información de procedimientos con los que no existiría “conexión procesal”, pero ello deja desprotegidos derechos fundamentales relacionados con el derecho a la información y a configurar una estrategia defensiva eficaz e impide a las partes cuestionar la legalidad de la investigación.

La configuración de ese principio de contradicción resulta errónea y sirve para dar apariencia de legalidad a la ingente aportación de documentos de procedimientos externos por la acusación, en clara desprotección de las defensas.

La contradicción no sólo opera en el juicio oral. La necesidad de una real contradicción e igualdad de armas que funcione durante todo el proceso, incluida la instrucción, la defendía precisamente el propio Tribunal Supremo en otros de sus precedentes.¹⁶⁰

Además, la contradicción en plenario no sirve para sanar la falta de tiempo para articular una defensa efectiva, para conocer las pruebas de acusación o para validar la ausencia de una real instrucción penal.

No es suficiente con decir que *no va a haber limitación de ninguna posibilidad alegatoria, de ninguna posibilidad de contradicción de los argumentos de las acusaciones por parte de las defensas. La Sala sólo va a formar criterio sobre lo que va a percibir en el acto de juicio oral, o con asegurar que sólo las pruebas que se practican en el acto de juicio oral van a servir para formar el material (aquí no hay un tracto sucesivo entre todo y cada uno de los procedimientos).*¹⁶¹

Dicha limitación en la efectividad de la defensa y las posibilidades de discutir en igualdad de armas con la acusación existían. Es evidente que un testigo que no fuese propuesto por la defensa, por desconocimiento de su existencia pese a su relevancia exculpatoria y participación en procesos conexos, no podía ser interrogado o, caso de ser prueba de acusación, no podía ser preguntado por otros aspectos distintos de los que fundamentaban la petición de prueba por las acusaciones.

¹⁶⁰ STS de 17 de marzo de 2015 (ponente MARCHENA) con cita de la STEDH Mantovanelli c. Francia de 18 de marzo de 1997.

¹⁶¹ Palabras utilizadas por el presidente de la Sala de enjuiciamiento durante la vista del día 14 de febrero de 2019.

Las pruebas de acusación practicadas en el juicio limitaron la efectividad de una defensa condicionada por la falta de conocimiento de los procedimientos conexos.

Y las pruebas obtenidas ilegalmente no pueden convertirse en legales por el simple hecho de someterse a la inmediación del Tribunal en condiciones tales que la defensa no pueda analizar las condiciones de su obtención, en términos de respeto a derechos fundamentales.

En palabras del TEDH *La actuación del juez de instrucción tiene influencia directa en la regularidad del procedimiento, incluso del subsiguiente juicio. Por ello el artículo 6.1 CEDH es aplicable al procedimiento de investigación del juez de instrucción.*¹⁶²

Las fuentes de prueba admitidas por el TS y practicadas en juicio oral han podido ser contradichas sólo en apariencia por las defensas, puesto que la contradicción implica también poder intervenir en cualquier fase del procedimiento en el que exista una imputación o acusación en igualdad de armas respecto de las acusaciones, así como conocer todas las informaciones y fuentes de prueba al alcance de las acusaciones.

La defensa tiene derecho a poder seleccionar también fuentes de prueba de descargo de los procedimientos de donde las acusaciones han seleccionado la prueba de cargo.

¿Cómo podemos preguntar a testigos o valorar elementos de prueba provenientes del JIB13 cuando esa causa tiene decenas de tomos de información inaccesible para las defensas?

Además, muchas fuentes de prueba de las acusaciones han sido impugnadas por la defensa por tener origen en vulneración de derechos fundamentales que el Tribunal sólo puede rechazar o admitir mediante el acceso a los documentos que le permitirían dilucidar si la prueba era lícita o fiable.

D) VIOLACIÓN DIRECTIVA 2012/13 Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

Como hemos dicho, la fragmentación de la investigación en distintos procedimientos que investigan los mismos delitos sobre la base de los mismos

¹⁶² STEDH Vera Fernández-Huidobro c. España, de 6 de enero de 2010, §§108-114.

hechos provoca que buena parte de la información, incluyendo pruebas, no esté al alcance de las defensas y ello impide a la defensa examinar en este proceso actuaciones que podrían ser de utilidad para defender a los acusados y proponer prueba, tanto de descargo como para cuestionar y demostrar irregularidades durante la investigación.

Todas las acusaciones son parte en todos los procedimientos, lo que les ha permitido seleccionar información existente en otros sumarios e incorporarla a esta causa para después sustentar su acusación en pruebas de esos procedimientos.

Con la inadmisión de las pruebas que pretendían dar acceso a las defensas a tales procedimientos el Tribunal ha provocado una vulneración del principio de igualdad de armas y el derecho a un proceso con todas garantías y al juicio justo (14 y 24.2 CE, 6 CEDH).

Con esta decisión no sólo se está vulnerando la Constitución, sino que también se está incumpliendo la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales.

El artículo 7.2 de esta Directiva establece que: *los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.*

Como se señala en su preámbulo, esta directiva “aspira a promover el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo y los derechos de la defensa” reconocidos respectivamente en los artículos 6, 47 y 48 CDFUE, que las autoridades de los Estados están obligadas a respetar cuando aplican derecho de la Unión, derechos que deben aplicarse de forma coherente con el CEDH y con arreglo a la interpretación del TEDH.

En este sentido, el artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos reconoce el derecho a un proceso equitativo y en este contexto el TEDH ha afirmado que *el principio de igualdad de armas, que es uno de los elementos del concepto más amplio de proceso equitativo, requiere que cada parte tenga la oportunidad*

*razonable de presentar su caso en condiciones que no la coloquen en una desventaja sustancial con respecto a su oponente.*¹⁶³

El TEDH ha reconocido el derecho de una persona a acceder a información relacionada con su caso, que esté en posesión de las autoridades, **independientemente del procedimiento en el que se encuentre.**¹⁶⁴

Nos hallamos ante una obligación clara, precisa e incondicional resultante del artículo 7.2 de la Directiva 2012/13/UE que obligaba, teniendo en cuenta la conexión material entre todos estos sumarios, a permitir el acceso a todo el material para que la defensa pudiera solicitar, en el caso que fuese necesario, su incorporación a la causa como prueba documental o solicitud de testigos y peritos. Es por lo que durante el trámite de cuestiones previas se solicitó la formulación de una cuestión prejudicial denegada con la sola justificación de que no se cumplían los requisitos del artículo 267 TFUE (sesión de juicio oral de 14 de febrero de 2019).

La cuestión prejudicial formulada decía:

Cuestión Prejudicial nº1: *¿Debe interpretarse el artículo 7.2 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, en relación con los artículos 6, 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que se opone a una decisión del Tribunal Supremo de España que deniegue la petición de incorporar al sumario la información existente en otros procedimientos judiciales relacionados intrínsecamente con los hechos enjuiciados en la causa ante el Tribunal Supremo, lo que impide a la defensa analizar si existe información o documentación útil y proponerla como prueba, teniendo en cambio en cuenta que todas las acusaciones han tenido acceso y conocimiento de toda la información de esos otros procedimientos y por lo tanto han tenido la oportunidad de incorporar pruebas documentales, así como solicitar otras pruebas contra los acusados provenientes de esos procedimientos o basadas en la información contenida en esos procedimientos?*

¹⁶³ STEDH Krčmář y otros c. República Checa de 3 de marzo de 2000.

¹⁶⁴ STEDH Chambaz c. Suiza de 5 de abril de 2012, §§61-67.

No se trataba, como sostiene el Tribunal de enjuiciamiento, de un acceso “preventivo” a otros procedimientos, puesto que los acusados se enfrentaban a pruebas de acusación creadas, tratadas y obtenidas en otros procedimientos penales que investigan los mismos hechos o hechos conexos. Tenían, por tanto, derecho a conocer cualquier prueba, tal como la define la legislación procesal, ya fuese favorable o desfavorable para la persona sospechosa o acusada que obrase **en poder de las autoridades competentes responsables del expediente penal específico**, y ello va mucho más allá de las pruebas exclusivamente insertadas en el expediente de la Causa Especial 20907/2017.

Es reiterada la jurisprudencia del TEDH que obliga a motivar las denegaciones de planteamiento de cuestión prejudicial y ha sido contundente especificando que, aunque los tribunales denieguen la cuestión prejudicial, ello debe ser suficientemente motivado.¹⁶⁵

Con relación a la importancia de la justificación de dicho rechazo el TEDH valora elementos como “la falta de arbitrariedad” y su “razonabilidad”. A mayor abundamiento, en *Baydar* §39, a la hora de concretar las obligaciones de las autoridades nacionales que se desprenden del artículo 6.1 CEDH, y en el marco de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, el TEDH también examina si la cuestión legal sometida a consideración reviste importancia o puede tener efectos en el resultado de la causa,¹⁶⁶ por lo que el mismo ha considerado vulneración del artículo 6.1 CEDH en inadmisiones indebidamente justificadas.¹⁶⁷

Concretamente en *Schipani*, el TEDH determinó violación ante la ausencia, en el razonamiento de la Corte de Casación, de motivación sobre si la cuestión revestía o no relevancia para el caso ni si se trataba de preceptos ya interpretados por el TJUE en extenso.

El TEDH es aún más exigente con que se cumplan los criterios de justificación impuestos por el artículo 6.1 CEDH en los casos en que no haya otra instancia

¹⁶⁵ STEDH *Baydar* c. Holanda, de 24 de julio de 2018.

¹⁶⁶ STEDH *Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon y Karagiorgos* c. Grecia, de 9 de mayo de 2017.

¹⁶⁷ STEDH *Schipani* y otros c. Italia, de 21 de julio de 2015.

superior¹⁶⁸, de conformidad con la normativa de la Unión que establece la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión.

E) INUTILIZACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

Finalmente, la fragmentación de procedimientos genera un problema añadido para una correcta articulación de la defensa, al dar lugar a la imputación en otros procedimientos de personas que han de participar en el procedimiento que nos ocupa en condición de testigos.

Durante el Juicio Oral múltiples testigos, investigados o acusados en otros procedimientos conexos, se acogieron a su derecho a **no declarar** en la presente causa. Ni sus manifestaciones pudieron ser oídas, ni su participación (a través de sus defensas) pudo ayudar a la contradicción de la prueba de acusación.

Ya durante la instrucción esa circunstancia generó efectiva indefensión. Al folio 1625 las defensas protestaban por los interrogatorios relativos a la actuación de personas imputadas en otros procedimientos que no podían participar, por tanto, en la discusión contradictoria de hechos que sólo ellos conocían.

La Sentencia, además, toma como pruebas de cargo declaraciones de testigos (agentes de los Mossos d'Esquadra) a quienes se acusa por delitos de sedición y rebelión en el procedimiento del JCl3 que está en fase de enjuiciamiento al tiempo de presentación del presente recurso y cuyo testimonio no puede ser contrastado con los datos que obran en dicha causa, materialmente secreta para las partes de la presente.

Sus declaraciones, tomadas como prueba de cargo, ni tan siquiera han sido analizadas de forma razonada en la Sentencia, siendo como es la prueba de un coacusado una situación de “riesgo límite para la presunción de inocencia” como prueba intrínsecamente sospechosa¹⁶⁹ que incluso supera las prevenciones que existen para la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal.

Por tanto, la fragmentación de procedimientos causó una lesión añadida del derecho a la defensa eficaz, al generar un artificial flujo de testigos de otras causas que dio lugar a las siguientes situaciones:

¹⁶⁸ STEDH Dhahbi c. Italia, de 8 de julio de 2014.

¹⁶⁹ Así, la STC 2/2002.

- Personas partícipes en los mismos hechos que los acusados han sido o serán juzgados en otros procedimientos, no contribuyendo por tanto al esclarecimiento de los hechos durante la instrucción ni en el plenario al participar activamente sólo en sus concretos procedimientos y reducir su contribución a la causa de referencia a su declaración testifical en Juicio Oral.
- Muchos de ellos simplemente no participaron en el Juicio Oral al acogerse a su derecho a no declarar, como materialmente imputados, cuando sí lo habrían hecho de ser parte en la misma causa.
- Quienes declararon como testigos pese a tener una condición materialmente de coacusados, lo hicieron sin que el Tribunal haya valorado dicha situación en la Sentencia.
- No se permitió a dichos testigos, de forma irregular, obtener asesoramiento de sus letrados durante sus declaraciones, ni seleccionar las preguntas que quisieran responder o no, e incluso se les juramentó.

Había múltiples razones para defender la necesidad de unificación de todos los procedimientos relacionados, cuya artificial separación ha generado una merma significativa de las posibilidades de defensa en los términos expresados.

6.5 CAUSA PROSPECTIVA

La convicción judicial reflejada en la Sentencia se fundamenta en informaciones y en fuentes de prueba obtenidas en una **investigación prospectiva** y, por tanto, ilícita, iniciada en el año 2015 o incluso antes, cuya finalidad era la de investigar a un movimiento político legal.¹⁷⁰

La investigación efectuada por la Guardia Civil, la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona (JIB13) es el paradigma de la **causa general** prohibida en derecho y así consta definida en infinidad de comentarios públicos¹⁷¹ que durante meses señalaron dicha irregular circunstancia.

¹⁷⁰ En su declaración de 7 de marzo en Juicio Oral el jefe de la Guardia Civil Sr. Angel Gozalo Martín manifestó que llevaban investigando “el procés” desde el 2014 incluso antes del 9-N.

¹⁷¹ <https://www.publico.es/politica/ano-rebelion-catalana-juez-ordeno-registros-20s-oculto-meses-investigaba-referendum.html>

La Sentencia efectúa una escueta reseña al tema. Así en su página 156 descarta una finalidad de investigación prospectiva, aunque lo hace para defender el procedimiento ante el propio Tribunal Supremo.

Lo que la Sentencia silencia es que cualquier información y fuente de prueba valorada en la causa proviene de “otras investigaciones” que sí resultan causas generales que, por definición, atentan contra el derecho al juicio justo desde parámetros de derecho penal democrático y afectan a la totalidad de la prueba dimanante de dichas iniciales fuentes de prueba e información (*fraus omnia corrumpit*).

Los elementos de prueba que demuestran dicha irregular investigación generalizada de mis mandantes han sido **mayoritariamente inadmitidos** por el Tribunal Supremo tal y como se desarrollará en los correspondientes capítulos (así, la Documental A.1 solicitada por esta defensa). No obstante, algunos de los datos que se describirán fueron introducidos en el plenario a través del interrogatorio de testigos.

Se pudo demostrar a raíz del interrogatorio de esta defensa que la investigación se inició en 2015 para monitorizar un movimiento político determinado en búsqueda de cualquier elemento que pudiera justificar una imputación penal. El *fumus persecutionis* es evidente.

La **totalidad de la prueba** de la causa proviene de la que recabó el JIB13, que, junto con las investigaciones de Guardia Civil y Fiscalía, capitaneó la causa general contra el independentismo. Su nulidad de pleno derecho (11.1 LOPJ) se proyecta sobre toda la investigación por vulneración de múltiples garantías y derechos, desde la presunción de inocencia, pasando por el derecho a la defensa, al juez imparcial, a un proceso con garantías y la interdicción de la arbitrariedad, más allá de otras violaciones de derechos vinculadas a actos de injerencia concretos.

La impugnación de prueba efectuada en el escrito de defensa parte de este hecho para denunciar no sólo que la prueba derivada resulta nula, sino que la causa misma del JIB13 es el detonante de la protesta del 20 de septiembre de 2017 e influye no sólo en lo estrictamente jurídico.

En tales investigaciones no se investigan hechos sino una determinada ideología y acción política a través de tres mecanismos:

- Investigaciones extraprocesales de Fiscalía materialmente secretas y no contradictorias, concretamente las Diligencias de Investigación 32/16, 33/16, 7/17 y 18/17.
- Una delegación exclusiva y generalizada de la investigación en la Guardia Civil liderada por mandos con un claro sesgo ideológico y político.
- La instrumentalización de un proceso judicial en el JIB13 en el que llevar a cabo una investigación judicial prospectiva.

Tanto la investigación de la Guardia Civil, como la de Fiscalía y la del JIB13 constituyen una causa prospectiva porque:

- No justifican ni definen debidamente el objeto o alcance de su investigación, ni efectúan ningún control de verosimilitud de la *notitia criminis*.
- Se orientan a la investigación de personas, no a la de hechos.
- Ocultan la investigación y la información sobre la imputación misma a los investigados.

A) INVESTIGACIONES INICIALES DE FISCALÍA Y GUARDIA CIVIL

La “causa general” contra el movimiento político independentista catalán la inició en 2015 la Fiscalía de la Audiencia Nacional (concretamente el Fiscal Sr. Zaragoza que finalmente en el año 2019 ejercería personalmente la acusación contra mis mandantes) a través del dictado de la Circular de 5 de noviembre de 2015.¹⁷²

Dicha circular se dictaba “en prevención” de la posible aprobación de la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña y servía para informar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de que la competencia para investigar un **futuro delito** de sedición (que no sucedería hasta 2 años más tarde) correspondía a la Audiencia Nacional.

¹⁷² Obra la Circular en la causa en la ruta siguiente: CAUSA ESPECIAL 20907\PRUEBA ANTICIPADA\FISCALÍA DE LA AUD. NACIONAL\folio 5 y ss.

Dicha competencia, como ya se ha razonado, se establecía de forma contraria a la ley.

A raíz de esa Circular, el Teniente Coronel Sr. Baena (T.C. Baena) presentaba **a propia iniciativa** dos atestados en marzo de 2016 ante la Fiscalía de la Audiencia Nacional, dando lugar a dos procedimientos de investigación (**Diligencias de Investigación 32/16 y 33/16**).

El Decreto de incoación de dichas investigaciones, asumiendo la tesis del atestado, determina la novedosa e imprevisible competencia de la Audiencia Nacional (y por tanto de su Fiscalía) pese a que la imputación se dirige materialmente **contra miembros del Govern** de Cataluña que gozan de inmunidad de conformidad con el artículo 70 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y sólo pueden ser investigados e imputados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o el Tribunal Supremo.

La revisión del atestado arroja las siguientes conclusiones:

- Todos los antecedentes que fundamentan el inicio de la investigación se refieren a noticias del panorama político público sucedidas entre los años 2012 y 2015 sin significación criminal.
- La investigación se proyecta sobre una futura e hipotética sedición, 2 años antes de que sucedan los hechos enjuiciados.
- Se concreta la necesidad de investigar las denominadas “Estructuras de Estado” (como la Agencia Tributaria Catalana), estructuras administrativas anunciadas en 2014 y que ni tan siquiera son abordadas en la Sentencia definitiva.

En dicho atestado se describe el *modus operandi* de la supuesta acción criminal como la transición “de una Comunidad Autónoma a un Estado Independiente”. Es decir, que lo que se investiga es la **ideología política independentista y sus impulsores** a la que se concibe *per se* como criminal y sediciosa.

En sus conclusiones, el atestado dice claramente que los hechos han sido cometidos por los miembros de la Generalitat (aforados) y se describe un organigrama en el que **aparece el Sr. Oriol Junqueras**, solicitando la práctica

de pruebas consistentes en una fiscalización generalizada de la Generalitat, y el mantenimiento de la investigación en secreto.¹⁷³

En contravención con la propia Circular de la Fiscalía se decide no trasladar el atestado al Juzgado Central de Instrucción, por lo que se **evita cualquier control judicial** de garantías.

Contrariamente a la exigencia legal de limitación estricta de la investigación extraprocesal de Fiscalía, se dictan 3 prórrogas de las Diligencias de Investigación, que durarán 1 año y medio y se solaparán con investigaciones judiciales con objeto coincidente en clara contravención con el artículo 773.2 *in fine* LECr. Esa irregular investigación extraprocesal se ocultará durante meses a los órganos judiciales.¹⁷⁴

La causa demuestra un **defecto sistémico** del procedimiento de investigación español que el propio TS ha criticado pues resulta contrario a cualquier noción del juicio justo **delegar en la policía una investigación criminal exhaustiva**¹⁷⁵, sin control judicial, máxime frente a personas que gozan de **inmunidad**. Las diligencias practicadas por la policía **se han ocultado a la autoridad judicial** durante meses cuando revelaban la inexistencia de cualquier hecho punible.

Todo ello, además, supone una conculcación del derecho al juicio justo, así como del derecho derivado de la Unión Europea aplicable a las garantías del procedimiento penal. Las autoridades judiciales debían haber aplicado las garantías de la CE, el CEDH y la CDFUE para amoldar la interpretación de la ley a sus principios y derechos fundamentales.

¹⁷³ Desde el año 2015 y hasta el momento de sus respectivas imputaciones personales ante el TSJ de Cataluña en septiembre de 2017 y del Juzgado Central de Instrucción nº3 en octubre de 2017 los Sres. Junqueras y Romeva fueron materialmente investigados sin que se les proporcionara asistencia legal. Sin embargo, *las autoridades nacionales deben facilitar la asistencia legal a aquellas personas sobre las que pesen razones plausibles de relación con hechos punibles* (STEDH Knox c. Italia, de 24 de junio de 2019, §152).

¹⁷⁴ Las DI 33/16 de Fiscalía de la Audiencia Nacional incoadas en marzo de 2016 no se remitirán a la autoridad judicial hasta noviembre de 2018 incluso cuando se hace constar expresamente en septiembre de 2017 en dichas diligencias su absoluta coincidencia con el objeto de las DP 118/17 del JIB13. Su objeto es también coincidente con las Diligencias de Investigación 7/17 de la Fiscalía de Cataluña que se incoan de forma paralela.

¹⁷⁵ En la STS de 11 de enero de 2017 (ponente MARCHENA GÓMEZ) el TS criticaba precisamente esa exhaustividad de la investigación preprocesal contraria al espíritu del juicio justo con cita de la Directiva 2016/343: *la coexistencia de una doble autoridad investigadora (judicial y fiscal) sujeta a unos principios constitucionales propios y diferenciados, no es fácilmente homologable a la luz de los modelos comparados.*

Según el Código Europeo de Ética Policial *la policía no debe ostentar, como regla general, funciones jurisdiccionales. Cualquier delegación de poderes judiciales debe ser limitada y conforme a derecho.* No puede la jurisdicción renunciar al control de las investigaciones criminales.¹⁷⁶

B) INVESTIGACIÓN POLICIAL: GUARDIA CIVIL

La investigación de los hechos fue atribuida en exclusiva a la Unidad de Policía Judicial de la 7ª Comandancia de la Guardia Civil y, en particular, al Teniente Coronel Sr. Baena como director del operativo.

Al mismo grupo de investigación y a su responsable le fueron delegadas las tareas de investigación tanto por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, como por la Fiscalía de Cataluña, el Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional y la Sala Penal del Tribunal Supremo.

La investigación ha sido liderada desde el año 2015 y hasta la actualidad por el T.C. Baena, probado **adversario político** de los acusados.

Contrariamente a lo defendido por el TS, la neutralidad de la policía en labores de investigación, y la de sus agentes y mandos, sí resulta materia de discusión pertinente en la causa puesto que el tratamiento de la prueba y su valoración pueden depender de dicha fiabilidad. Los medios de prueba no son sólo relevantes como fórmula de determinación de los hechos, sino también *en todo lo que concierne a la admisibilidad, fiabilidad y completitud de dicha prueba.*¹⁷⁷

Esta parte solicitó como medios de prueba, denegados por el TS, tanto la obtención de documentos como la testifical que acreditaría que el T.C. Baena

¹⁷⁶ Los §§ 6, 8 y 9 del Código Europeo de Ética Policial, Recomendación (2001)10 del Consejo de Europa de 19 de septiembre de 2001 a los que se remite también la Guía sobre políticas democráticas de la OSCE de 2008 en su §17 establecen lo siguiente:

6. Debe existir una clara distinción entre el papel de la policía y el de la fiscalía, el poder judicial y el sistema penitenciario (...)

8. La policía no debe, como norma general, tener funciones jurisdiccionales. Cualquier delegación de potestades judiciales en la policía debe ser limitada y conforme a la ley (...)

9. Debe existir una cooperación funcional apropiada entre la policía y la fiscalía. En países donde la policía está bajo la autoridad de la fiscalía o el juez instructor, la policía debe recibir instrucciones claras relativas a las prioridades sobre investigación criminal y sobre el desarrollo del proceso de investigación penal en cada caso. La policía debe mantener a las autoridades de investigación criminal informadas de la implementación de sus instrucciones, en particular debe informar regularmente de la evolución de las investigaciones.

¹⁷⁷ STEDH Mirilashvili c. Rusia, cit., §200.

utilizaba en la red social Twitter la cuenta @nmaquiavelo1984 bajo el alias “Tácito” que demostraba la existencia de un prejuicio ideológico contra mis mandantes.

La única referencia al sesgo político atribuido por las defensas a los testigos de cargo T.C. Baena (que aparece en la causa bajo su número de TIP T43166Q) y Sra. Montserrat Del Toro se efectúa en la página 148 cuando se dice que *nada de lo que se vertió en esas redes sociales ha servido para integrar la apreciación probatoria de esta Sala*, pero precisamente el contenido de las redes era prueba de descargo al demostrar el sesgo político de tales testigos y su falta de credibilidad. Resulta chocante que la Sentencia interprete libremente el contenido de los tweets de los acusados para integrar la prueba de cargo de un delito de sedición, pero no lo haga en favor de la labor defensiva de descargo.

La Guardia Civil es, además, parte acusadora en distintos de los procedimientos seguidos por los mismos hechos enjuiciados que se hallan bajo instrucción en otros órganos judiciales.¹⁷⁸

Es la Sentencia, por tanto, la que protege la apariencia de credibilidad de los testigos de la acusación impidiendo que las defensas puedan aportar prueba sobre la falta de neutralidad y la real existencia de prejuicios ideológicos en los investigadores que habría de integrar la valoración probatoria de sus manifestaciones.

El TS debía controlar esa **obligación de neutralidad** porque en ello se encuentra la base de la policía democrática como garante del Estado de derecho y resulta un principio fundamental de toda investigación penal de conformidad con el artículo 2 LECr.

¹⁷⁸ Son acusación en la causa del Juzgado Central de Instrucción nº3 o han intentado personarse en las actuaciones las siguientes asociaciones: Sindicato Unificado de Policía-SUP, Confederación Española de Policía-SPP, Alternativa Sindical Policial-ASP, Unión de Oficiales de la Guardia Civil Profesional, Asociación Española de Guardias Civiles-AEGC, Unión de Guardias Civiles-Unión-GC. Consta en la ruta: CAUSA ESPECIAL 20907\PRUEBA ANTICIPADA\OFICIO JDO CENTRAL 3\folio 4.

Según el Código Ético Europeo de la Policía¹⁷⁹, ésta *debe siempre proceder de forma justa, guiada, en particular, por los principios de **imparcialidad** y no-discriminación* (§40).

En la Guía sobre Políticas Democráticas de la OSCE¹⁸⁰ se señala que *las políticas democráticas requieren que **la policía se mantenga ajena a la política** y que proteja las actividades y procesos políticos (por ejemplo libertad de expresión, reunión pública y manifestaciones). Caso contrario, la democracia estaría en peligro* (§9).

La policía está obligada a aplicar la ley sin tener en cuenta la posición social, pertenencia a organizaciones o afiliación política del sospechoso (§16).

*La policía debe ejecutar sus deberes de forma hábil, honesta, **imparcial** y eficiente, de acuerdo exclusivamente con el interés público y con la ciudadanía a quien sirve* (§21).

El T.C. Baena y su equipo, de la policía militar, ostentaron en exclusiva el poder delegado de monitorizar (y perseguir) un movimiento político legal y a tal fin configuraron el escenario de investigación indeterminado y dirigido a la investigación de personas y no de hechos.

El agente H11346M, preguntado en fecha 19/03/2019 sobre el registro practicado el 20-S en el despacho del Sr. Salvadó (dependencias de Hacienda) y sobre las diligencias de investigación practicadas, responde de forma constante con evasivas y pone en evidencia la existencia de investigaciones paralelas, así como la indefinición de las mismas y la falta de interés en el respeto a los derechos de los investigados:

- Preguntado sobre qué letrado asistió al Sr. Salvadó, el agente responde que “ninguno” (Minuto 33:33, Video 2, de fecha 19/03/2019).
- Preguntado sobre si se planteó por la Comitiva Judicial la necesidad de llamar a un letrado para el Sr. Salvadó, el agente responde que: “no tenía

¹⁷⁹ Recomendación (2001)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de septiembre de 2001.

¹⁸⁰ Guidebook on Democratic Policing by the Senior Police Adviser to the OSCE Secretary General, 2008.

por qué llamar ningún letrado” (Minuto 33:57, Video 2, de fecha 19/03/2019).

- Preguntado sobre si tenía conocimiento del hecho que el Sr. Salvadó estaba comparecido en la causa seguida por el Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona con defensa letrada, responde lo siguiente: “no, yo no tenía conocimiento hasta ese punto” (Minuto 35:02, Video 2, de fecha 19/03/2019).

Resulta tan evidente la falta de confianza del testigo en un regular proceder que, preguntado por si seguía órdenes del T.C. Baena, no quiso dar su nombre (pese a constar en las actuaciones judiciales) ni referirse nunca a él más que por su rango policial.

C) JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº13 DE BARCELONA

El Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona incoa en enero de 2017¹⁸¹ una nueva causa general que hará acopio de las informaciones y fuentes de prueba que nutrirán finalmente la causa del TS.

Dicha causa se inicia para investigar comentarios públicos de políticos independentistas aparecidos en prensa¹⁸², que se califican como delitos de “relevación de secretos”. Sin embargo, tras una querrela del partido político VOX, admitida sin efectuar ningún tipo de análisis de verosimilitud ni de provisional tipicidad, dicha causa amplía su objeto para investigar de forma generalizada a toda la Generalitat.

El JIB13 asume así una investigación **que el TSJ de Cataluña** (juez predeterminado por la ley respecto de mis mandantes) **había rechazado** repetidamente descartando cualquier tipicidad y apelando a la libertad ideológica y de expresión. El JIB13 investigará formalmente a ciudadanos no aforados, pero materialmente a todo el Govern de la Generalitat.¹⁸³

¹⁸¹ Inicialmente DP 118/2017 y posteriormente Sumario 5/2018.

¹⁸² Pese a la inhabilidad para justificar la incoación de un proceso penal de la existencia de meras informaciones periodísticas, como es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, por todos, los AATS de 8 de julio de 2016 y de 31 de octubre de 2018.

¹⁸³ El hecho de que alguien no ostente formalmente la condición de investigado o imputado no hace inaplicable a la investigación las garantías del derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH como se defiende, por ejemplo, en la STEDH Diamantides c. Grecia (nº2) de 19 de mayo de 2005.

En ese procedimiento, en el que las partes no han podido defenderse, se genera la mayoría del material probatorio que el TS debe analizar, sea directamente o por derivación.

El nuevo objeto del procedimiento judicial, tras la irrupción de VOX, incluye una multiplicidad de delitos (sedición, rebelión, malversación, revelación de secretos, etc.) que **no se vinculan con hechos concretos** pero que sirven para fundamentar formalmente el secreto de las actuaciones y múltiples injerencias en derechos fundamentales, significativamente escuchas telefónicas y registros domiciliarios y de material informático.

El JIB13 investiga delitos sobre los que, según el criterio de la Fiscalía, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, **no tiene competencia** alguna (sedición y rebelión).

Resulta tan flagrante la instrumentalización del procedimiento judicial para la monitorización de un determinado espacio político que dicha causa se inicia con una primera Providencia de 27 de marzo de 2017 que efectúa una **delegación absoluta de la investigación en la Guardia Civil** (y en el T.C. Baena), que sitúa **fuera del control judicial** la investigación, con absoluta desprotección de mis mandantes.

Ese “cheque en blanco” a la actuación de la Guardia Civil se manifiesta en determinados hechos:

- Se cita a testigos sin seguir indicaciones del Instructor.
- Se imputa a ciudadanos (incluso transformando *in situ* su declaración como testigos a la de investigados).
- Se practican detenciones no ordenadas por el Juez.

En el procedimiento no existe control judicial, ni concreción de imputaciones, y se decreta el secreto para las partes (evitando así el ejercicio del derecho a la defensa) sin motivación legal alguna bajo el pretexto de “proteger el buen nombre” de los investigados.

D) PRIMERAS INJERENCIAS

Existiendo incluso ya incoada la causa del JIB13 la Fiscalía incoa el 24 de marzo de 2017 unas nuevas diligencias extraprocesales, pese a la prohibición de

conurrencia¹⁸⁴, con objeto coincidente al de la investigación judicial y absoluta delegación en Baena. El objetivo nuevamente es el control absoluto del desarrollo del referéndum fuera de cualquier control judicial y sin garantías procesales.

Dicha investigación se mantiene abierta hasta el momento en que la Fiscalía necesita practicar intervenciones telefónicas. El atestado 55/17 así lo reclama y entonces la Fiscalía y la Guardia Civil se ven obligados a acudir a la autoridad judicial.

En las DP 118/17 del JIB13 se recibe, sin justificación alguna, el atestado 55/17 y se dicta el primer Auto de intervenciones telefónicas. Dicho Auto se fundamenta, contrariamente, en el atestado 60/17 que no contiene indicio alguno sobre el que sustentar la injerencia, y se remite al catálogo de delitos enunciados en la querrela de VOX sin motivación suficiente ni la explicitación del juicio de racionalidad ni proporcionalidad. Se vulneran, por tanto, en las investigaciones prospectivas del JIB13 que ordenaran múltiples injerencias en comunicaciones, seguimientos, control de emails, etc., los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de los datos personales (18.1, 18.3 y 18.4 CE) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículos 8 CEDH y 7 CDFUE), amén de todas las garantías asociadas al juicio justo.

La primera intervención telefónica se acuerda, por tanto, a raíz de un atestado generado en unas diligencias extraprocesales paralelas. Del producto de las intervenciones se derivarán todas las demás, con fundamento meramente en los cargos públicos que ocupan los investigados con una absoluta delegación de la investigación en la Guardia Civil. Derivado de las escuchas iniciales encontramos el Auto de intervención de 7 de julio de 2017 relacionado directamente con la investigación del referéndum (por tanto, de mis mandantes) bajo el catálogo de delitos que incluye los de sedición y rebelión, aunque sin detallar nunca hechos incardinables en un alzamiento.

Es hasta tal punto prospectiva la causa que las intervenciones telefónicas al Sr. Josep Maria Jové (que derivarán en la aprehensión supuestamente de una

¹⁸⁴ En tales diligencias de investigación hay constancia del conocimiento de los investigadores sobre la existencia de un procedimiento judicial, pues así consta en el Atestado 55/17.

prueba de cargo valorada por el TS) se hacen con fundamento exclusivo en el cargo público que ostenta y no en la existencia de indicios de participación en hechos delictivos.

En las detenciones efectuadas en la investigación del JIB13 no se informó debidamente de la imputación a los detenidos, en clara contravención con el artículo 17.3 CE y el derecho de Unión y así consta en las actuaciones.

Las pruebas revisadas por el TS (documentos, facturas, conversaciones, emails, artículos, declaraciones, etc.) provienen de las informaciones y fuentes de prueba de esa causa ilegal. De hecho, un gran número de testigos ante el TS son personas investigadas en dicha causa del JIB13.

El JIB13 demuestra su naturaleza de causa general mediante la convalidación judicial de la operación policial “Anubis” que el día 20 de septiembre de 2017 lleva a cabo 40 registros simultáneos en domicilios y dependencias de la Generalitat y se salda con 12 detenciones.

La operación del 20 de septiembre de 2017 se fundamenta en una injerencia desproporcionada en derechos fundamentales, no basada en la determinación de hechos punibles, hechos que se califican como rebelión y sedición exclusivamente para justificar la aparente proporcionalidad de las medidas, con transgresión de la competencia funcional del Juez, y dando lugar a una inédita situación de excepcionalidad que la ciudadanía espontáneamente contesta a través de la manifestación producida ese día delante del Departament d’Economia.

Resulta tan grosera la justificación de esa operación policial (que fundamentará el encarcelamiento de los acusados y la misma imputación y acusación ante el TS) que, pese a su importancia “histórica”, dio lugar a una de las situaciones más surrealistas de la vista ante el TS: los propios responsables policiales **no pudieron concretar qué delitos estaban investigando** y se resistieron a reconocer que lo que se perseguía era un objetivo táctico ajeno a la jurisdicción penal, esto es, la investigación generalizada de la actuación del movimiento político que ostentaba el gobierno y la mayoría parlamentaria en Catalunya.

La prueba practicada en juicio es contundente respecto a la indefinición de los hechos investigados demostrativa de la persecución *ad hominem*.

Y lo importante es comparar las respuestas dadas por los agentes con la realidad incuestionable de encontrarnos posiblemente frente a la operación judicial y policial más importante de la historia reciente de España. En ese contexto las evasivas no son otra cosa que ocultación de información.

Nuevamente el agente H11346M (responsable de la investigación bajo las órdenes del T.C. Baena que declaró el día 19/03/2019) manifestaba:

- Preguntado sobre si intervino en las diligencias de investigación de fiscalía **desde el año 2016**, responde lo siguiente: “puede ser” (Minuto 36:27, Video 2, de fecha 19/03/2019), a lo cual el Excmo. presidente de la Sala se vio en la obligación de requerir al testigo para que diera respuestas concretas.
- Preguntado sobre si el Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona también investigaba la creación de Estructuras de Estado responde: “es que no tengo conocimiento tan pormenorizado de esa parte de las diligencias” (Minuto 38:59, Video 2, de fecha 19/03/2019).
- Preguntado sobre si las Diligencias de fiscalía duraron 1 año y medio, responde: “No lo sé yo, el tiempo es relativo” (Minuto 39:40, Video 2, de fecha 19/03/2019).
- Preguntado sobre si recuerda que en la lectura de derechos del Sr. Salvadó se le atribuyera la creación de estructuras de Estado, responde: “no lo recuerdo” (Minuto 43:22, Video 2, de fecha 19/03/2019).
- Preguntado sobre qué ha investigado el Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona, responde: “no tengo conocimiento pormenorizado de lo que se ha llevado” (Minuto 43:40, Video 2, de fecha 19/03/2019).
- Preguntado sobre el motivo por el cual se pidieron los registros el día 20 de septiembre, responde: “**ni idea**, eso es cosa de los instructores” (Minuto 45:36, Video 2, de fecha 19/03/2019).

El propio Teniente Coronel Sr. Baena, agente de la Guardia Civil con TIP T43166Q, declara en fecha 26 de marzo de 2019 que **no sabe dar respuesta al motivo por el cual se pidió y acordó practicar las primeras intervenciones**

telefónicas: “no sé, no me acuerdo ahora qué fundamento exacto puse” (Minuto 01:19:07, Video 3, de fecha 26/03/2019).

El agente de la Guardia Civil N29100C (también responsable de la investigación) declara en fecha 15 de abril de 2019 como sigue:

- Preguntado sobre si en el Atestado 55 realizado en el seno de las diligencias de fiscalía, se decía que necesitaban intervenir el teléfono de una persona, responde: “puede ser” (Minuto 05:25, Video 2, de fecha 15/04/2019).
- Preguntado sobre si se acuerda del **objeto de esa investigación**, la del Atestado 55, responde: “no me acuerdo” (Minuto 05:31, Video 2, de fecha 15/04/2019).
- Preguntado sobre si recuerda si se acordó primero la intervención del teléfono del Sr. Sallent, responde: “no me acuerdo” (Minuto 06:24, Video 2, de fecha 15/04/2019).
- Preguntado sobre si recuerda el objeto de las Diligencias de investigación 18/2017, responde: “no me acuerdo, de verdad” (Minuto 06:38, Video 2, de fecha 15/04/2019).
- Preguntado sobre el Atestado número 60, vuelve a responder que no se acuerda, como sigue: “no, como 60 no me acuerdo”, se le indica que en ese atestado se habla de la participación de 4 Diputados en las leyes de desconexión y, aún y así, indica que “no” se acuerda (Minuto 08:17, Video 2, de fecha 15/04/2019).

Incluso el agente de la Guardia Civil con TIP C57393S, preguntado sobre el registro realizado en la Sede de Economía el día 20 de septiembre, sobre si todo el mundo que quería podía entrar y salir, el mismo afirma que “se dejaría entrar y salir a trabajadores, pero **no sé cuál era la misión de los Guardia Civiles que estaban allí apostados**” (Minuto 01:17:35, Video 3, de fecha 25/03/2019).

El jefe de la Guardia Civil Sr. Angel Gozalo Martín declaró en fecha 7 de marzo de 2019 como sigue:

- Preguntado sobre qué hechos se atribuía a los detenidos del día 20 de septiembre de 2017, responde: “bueno los hechos que se atribuían

supongo que figuran perfectamente pues en las diligencias, yo como le he dicho no estoy en la Unidad de Policía Judicial específica, no estoy en la redacción de las decisiones de entradas y registros y ahora **podría fabular** unos tipos penales y equivocarme” (Minuto 22:00, Video 5, de fecha 07/03/2019).

- Preguntado sobre el momento en que se iniciaron las investigaciones del “procés”, responde: “pues mira la Guardia Civil, por lo que yo sé, porque lo he vivido en primera persona, pues **desde el 2014**, de antes del 9N famoso, o sea que tenemos historia, historia, historia acumulada, y mucha inteligencia básica, claro” (Minuto 22:36, Video 5, de fecha 07/03/2019).

También el Coordinador del operativo policial Sr. Diego Pérez de los Cobos declaró en fecha 6 de marzo de 2019 de la siguiente forma:

- Preguntado sobre los procedimientos abiertos durante el mes de septiembre sobre el “procés”, responde: “Sí. Aquí había varios procedimientos abiertos. Que yo recuerde, había uno abierto en el Tribunal Superior de Justicia que fue el que dio origen a que la Magistrada asumiera esta causa, y había que yo recuerde el que se estaba llevando a cabo en el Juzgado de Instrucción creo que número 13 de Barcelona y las diligencias, las instrucciones que estaba impartiendo Fiscalía” (Minuto 05:15, Video 1, de fecha 06/03/2019).

Ni los propios responsables de la investigación son capaces de explicar desde cuándo investigaban los hechos, ni qué hechos eran los que investigaban ni qué indicios les llevaron a pedir injerencias en derechos fundamentales durante la investigación.

En conclusión, las investigaciones de la Guardia Civil, de la Fiscalía y del JIB13 constituyen una causa prospectiva con un **objeto indeterminado** y un objetivo político, basado en la utilización de calificaciones jurídicas desproporcionadas para investigarlo todo de forma secreta y sin participación de la defensa de mis mandantes.

La única referencia detallada a la intervención del JIB13 en la Sentencia se efectúa en la página 68 para descartar que dicho Juzgado estuviera actuando por irregulares criterios de “sobrepotección de la unidad de España”. La finalidad

que inspiraba al Magistrado Instructor resulta relativamente relevante al acreditarse la existencia de una causa general atentatoria contra derechos fundamentales, pero lo que el TS no puede obviar es la **implicación política** de la actuación de dicho Magistrado reconocida por el propio Consejo General del Poder Judicial.¹⁸⁵

Todo el material del JIB13 debía ser expulsado de las actuaciones de conformidad con la testifical y documental que demuestran la existencia de una causa general contra mis mandantes y su proyecto político, hecho que habría sido incluso validado por las demás pruebas cuya admisión fue denegada por el TS.

Lo que resulta en todo caso inaceptable es la permisividad en la proposición y práctica de prueba reputada ilegal por las defensas, concluyendo en su validez exclusivamente mediante la prohibición de práctica de prueba de defensa orientada a acreditar dicha ilegalidad.

La desigualdad de armas se produce por la configuración misma de la investigación preprocesal (llevada a cabo sin protección de los derechos de los investigados), el desarrollo de la investigación procesal (con un sesgo en favor de las acusaciones) y la cristalización en el juicio oral de dicho sesgo mediante un total impedimento a las defensas a demostrar sus tesis de descargo.

6.6 VULNERACIONES DE DERECHOS DURANTE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Ya se ha defendido en el presente recurso una noción de la igualdad de armas y la contradicción que no se ciñe exclusivamente al acto del plenario. No sólo el Juicio Oral condensa la actividad procesal sujeta a derechos y garantías, sino que la fase de investigación condiciona enormemente el proceso y su devenir y

¹⁸⁵ El presidente del Tribunal Supremo Sr. Carlos Lesmes remitió una carta al Magistrado del JIB13 donde elogiaba su "grandeza" y las "dimensiones heroicas" de una labor que cambió "la Historia misma de España" y que consta extractada en la DOCUMENTAL nº8 acompañada en el escrito de defensa de esta parte. Dicho Magistrado recibió a título póstumo la Cruz de la Orden de la Guardia Civil de plata así como la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort otorgada por el Gobierno de España. El órgano de gobierno del Poder Judicial español prorrogó el período de actividad del Magistrado (que debía jubilarse en marzo de 2017) y le relevó de cualquier obligación excepto la de la llevanza de la investigación de las diligencias 118/2017.

no puede quedar exenta de las exigencias del juicio justo, tal y como establece el TEDH.¹⁸⁶

Consta en las actuaciones y a ellas debemos remitirnos, todas y cada una de las protestas y cuestionamientos que durante la fase de instrucción se vertieron en el procedimiento puesto que fueron muchas las violaciones de derechos que, sumadas a las del plenario y a las acaecidas en otros procedimientos de los que se extrae prueba de cargo, hacen que la visión *holística* del juicio justo (en palabras del TEDH) se decante por considerar vulnerado el derecho del artículo 6.1 CEDH.

Esta parte ha sufrido, por tanto, decisiones judiciales del Juez Instructor que han supuesto la toma de decisiones en clara discriminación de la defensa frente a la acusación (desigualdad de armas), dificultando la tarea de defensa efectiva, abandonando el deber de motivación, etc., situaciones que venimos a exponer con remisión a los argumentos vertidos en su momento para defender la violación de derechos sufrida.

Algunas de las violaciones de derechos se explicarán o se han explicado ya en el presente escrito por su singular importancia o relevancia. El resto serán apuntadas en el presente apartado.

En terminología constitucional dichos vicios atentan contra el derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva, el proceso con todas las garantías, el juez predeterminado e imparcial, la doble instancia penal, el derecho a un recurso efectivo, con generación de indefensión y desigualdad de armas (24 CE).

- Ya desde un inicio de la instrucción se denunció la existencia de **procedimientos de investigación paralelos** y la existencia de una **causa general** y prospectiva (escrito de 20 de diciembre de 2017).
- La **investigación extraprocésal** se denunció posteriormente (escritos de 26 de enero de 2018 y de 8 de febrero de 2018).

¹⁸⁶ Decía la STEDH Vera Fernández-Huidobro c. España, de 6 de enero de 2010, §§108-114, que, *aunque el juez de instrucción no determina los cargos, los pasos que toma tienen una influencia directa en el carácter equitativo del proceso subsiguiente, incluyendo el juicio oral. Así el artículo 6.1 es aplicable al procedimiento de investigación del juez de instrucción, por más que algunas de las garantías del artículo 6.1 puedan no serlo.*

- Se denunció asimismo la injerencia inmotivada y ajena a criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, practicada mediante el acceso, examen y **análisis generalizado de la correspondencia electrónica** (escritos de 6 de febrero de 2018 y de 4 de junio de 2018).
- Se denunciaba también la **filtración** de las grabaciones de declaraciones prestadas por los investigados en la instrucción, así como la de resoluciones no notificadas a las partes (escrito de 13 de febrero de 2018).
- Se denunciaba más adelante la existencia de procedimientos de investigación paralelos y la **denegación de acumulación** del procedimiento de la Audiencia Nacional (escritos de 19 de febrero de 2018 y de 11 de junio de 2018).
- Se **cuestionaba la personación** de la Abogacía del Estado al no ser parte legitimada en el proceso (escrito de 20 de febrero de 2018).
- Se denunciaba la utilización de **fórmulas de interrogatorios contrarias a la LECr** así como la utilización de datos de otros procedimientos paralelos, otorgando valor a dichos datos, **sin traslado de la información** a las partes (escrito de 28 de febrero de 2018).
- Se cuestionaba la **inadmisión de medios de investigación** solicitados por las defensas (5 de marzo de 2018).
- Se solicitaba la **acumulación** del procedimiento del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona (escritos de 22 de marzo, 25 de octubre y 17 de diciembre de 2018).
- Mediante recurso contra el procesamiento se denunciaba la **falta de competencia** jurisdiccional, con recopilación de las vulneraciones de derechos acaecidas durante la tramitación del proceso (27 de marzo de 2018).
- En el trámite de adhesión a los recursos contra el procesamiento se denunciaba la falta de respeto del **principio de contradicción** por la prohibición de participación de algunas defensas comparecidas cuyos

clientes no estaban a disposición del Tribunal¹⁸⁷, la falta de respuesta a pedidos de las defensas y el derecho a la **segunda instancia** penal (escrito de 9 de abril de 2018).

- Se denunciaba la indebida aplicación de la ley de **protección de testigos** que impedía el normal desarrollo del interrogatorio de una testigo de cargo (escritos de 25 de mayo de 2018 y de 12 de julio de 2018).
- Se denunciaba también la imposición de **inexistentes plazos** preclusivos de la instrucción y se solicitaba la **preservación de la continencia de la causa** (escrito de 18 de junio de 2018).
- Se denunciaba la **indebida habilitación** del mes de agosto (26 de julio de 2018).
- Se denunciaba la **falta de imparcialidad** de los magistrados (escritos de 30 de julio, 9 de agosto, 12 de noviembre y 20 de noviembre de 2018).
- Se denunciaban los **problemas para el acceso** a las actuaciones¹⁸⁸ con solicitud de ampliación de plazos para el ejercicio de la defensa (escrito de 17 de septiembre de 2018).
- Se denuncia la imposibilidad de acceso a las actuaciones, la necesidad de **interrupción de plazos** preclusivos y su ampliación (escritos de 24 de septiembre, 29 de septiembre, 5 de octubre y 11 de octubre de 2018).
- Se cuestiona la presencia como acusación popular del **partido político VOX** (18 de noviembre de 2018).
- Se propone **declinatoria** de jurisdicción por incompetencia del Tribunal (19 de noviembre de 2018).
- Se protesta la **denegación de medios de prueba** pertinentes para la defensa (escrito de 4 y 8 de febrero de 2019).

¹⁸⁷ Distintas son las sentencias del TEDH sobre la imposibilidad de limitar la participación de una defensa incluso cuando el investigado no se halla a disposición del Tribunal (STEDH Poitrimol c. Francia de 23 de noviembre de 1993, §38).

¹⁸⁸ No deben existir limitaciones injustificadas para el estudio de las actuaciones (STEDH Huseyn y otros c. Azerbaiyán, de 26 de julio de 2011, §§174-178).

Todo ello supuso el desarrollo de un procedimiento en clara desigualdad de armas. Ninguna de las acusaciones tuvo que impugnar o cuestionar una situación de restricción de sus derechos.

Esta parte entiende que no debe efectuar un juicio hipotético sobre la concreta afectación de dichas irregularidades sobre la efectividad de la estrategia defensiva pues ello resultaría imposible. Lo que este Excmo. Tribunal debe valorar es si la reiteración y acumulación de vicios en el procedimiento ha supuesto la generación de un espacio de discriminación de la defensa frente a la acusación o una disminución injustificada de la capacidad de las defensas de llevar a cabo sus tareas técnicas en condiciones.

6.7 VULNERACIONES PRODUCIDAS EN PROCEDIMIENTOS VINCULADOS

Ante la evidencia de la dependencia del procedimiento del TS respecto de procedimientos ajenos (singularmente los procedimientos del Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional y del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona) las vulneraciones de derechos producidas en tales procedimientos forman parte de las violaciones del juicio justo con incidencia en el proceso, más allá de la lesión producida respecto de otros derechos fundamentales afectados por las injerencias producidas durante la investigación penal.

No resulta posible alegar que las defensas no pueden demostrar fehacientemente la existencia de vulneraciones de derechos en otros procedimientos o su incidencia sobre la legalidad y fiabilidad de las pruebas, puesto que ello sería pedir a la defensa la *probatio diabolica*. Como ya se ha argumentado y se reiterará, esta defensa solicitó medios de prueba que demostrarían las violaciones de derechos producidas, pero fueron denegados, en clara desigualdad con la posición de las acusaciones presentes en todos los procedimientos.

Sin embargo, esta parte, inicialmente comparecida ante el JCI3, advirtió ya en esa fase preliminar las siguientes vulneraciones:

- Denuncia de **necesidad de tiempo para la preparación de la defensa** y necesidad de **suspensión de diligencias** por coincidencia de señalamientos (escrito de 2 de noviembre de 2017).

- Cuestionamiento de la **competencia** y denuncia de la tramitación de **procedimientos paralelos** (escrito de 5 de noviembre de 2017).
- Denuncia por falta de competencia, indefensión ante falta tiempo para preparar la defensa, denuncia de **ausencia de traslado de copias** de la causa, así como por la denegación de la suspensión de diligencias ante inasistencia justificada de letrado (escrito de 3 de noviembre de 2017).
- Solicitudes para **participar en declaraciones** de testigos con impacto sobre el procedimiento del TS pese a no ser parte formal del procedimiento del JCI3 (escrito de 8 de febrero de 2017).

Y finalmente respecto del procedimiento del JIB13 donde se gestan todas las fuentes de prueba de la causa, esta parte tiene constancia de la existencia de los siguientes vicios de procedimiento denunciados por las partes en dicha causa:

- Denuncia por denegación de acceso a elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención.
- Falta de imparcialidad de Magistrado Instructor y de su sustituto.
- Denuncia de falta de motivación de medidas cautelares.
- Denuncia de fragmentación de procedimiento y solicitud de preservación de continencia de la causa.
- Cuestionamiento de la personación de la Abogacía del Estado.
- Denuncia por denegación de diligencias de investigación de las defensas.
- Impugnación de acceso a datos del SEPBLAC y denuncia de investigación prospectiva y falta de motivación de la injerencia.
- Denuncia por apertura indiscriminada de correos electrónicos.
- Denuncia por denegación de suspensión de declaraciones existiendo motivo de suspensión legal.
- Recusación de Letrada de la Administración de Justicia.
- No entrega de particulares de las actuaciones que son publicados en la prensa.

Todas dichas incidencias afectaron a la obtención y al tratamiento de las fuentes de prueba que accedieron finalmente al Juicio Oral y fundamentaron la condena, existiendo denuncia de las defensas sobre su eventual ilegalidad que había de ser analizada por el Tribunal.

Las limitaciones impuestas sobre la posibilidad de conocer y cuestionar el material probatorio gestado en un procedimiento ajeno sin garantías no pueden validar dichas fuentes de prueba, so pena de promover un sistema en el que la artificial fragmentación de las investigaciones permita la desprotección de los derechos de investigados y acusados.

6.8 DENEGACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

Una de las manifestaciones más importantes del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho al juicio justo es aquella que se relaciona con las tareas de defensa y, entre ellas, la de posibilitar una defensa en condiciones y eficaz, en igualdad de armas con las acusaciones, **garantizando la práctica de prueba pertinente** en juicio.¹⁸⁹

El derecho se contiene dentro de las previsiones del artículo 24.2 CE como “derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, más allá de su subsunción en el de tutela judicial efectiva, proceso con todas las garantías o derecho a la defensa del primer apartado del mismo artículo. En la perspectiva internacional el artículo 6 CEDH da cobertura a ese derecho, que se enumera explícitamente en el punto 3º del precepto y forma parte del haz de garantías del juicio justo o equitativo.

Así, el uso de medios de prueba pertinentes para la defensa implica que dichos medios de prueba sean *admitidos y practicados por el órgano judicial, sin que se deba desconocer u obstaculizar su ejercicio, siendo preferible incurrir en un exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación.*¹⁹⁰

¹⁸⁹ La jurisprudencia constitucional lleva tratando la materia desde antiguo y hasta la más reciente STC 61/2019, entre muchas otras.

¹⁹⁰ Así se defiende ya desde, por ejemplo, la STC 30/1986.

La denegación de un medio de prueba de la defensa debe basarse en *razones muy poderosas*. Caso contrario el derecho previsto en el artículo 6 CEDH estará en peligro.¹⁹¹

La solicitud de prueba efectuada por esta defensa se hizo en su día a través de pedimentos razonados, vinculados con el objeto del procedimiento y relacionados con el desarrollo de estrategias defensivas pertinentes, a saber, aquellas que tenían que ver con la discusión de los hechos, así como otras vinculadas al cuestionamiento de la legalidad y fiabilidad de las pruebas de cargo.

Para analizar el grado de indefensión producido no pueden obviarse las concretas circunstancias a las que la defensa se veía abocada y que se han explicado anteriormente en los apartados relacionados con el derecho a la defensa y los problemas derivados de la existencia de una “causa general” conducida a través de procedimientos externos desconocidos y una generalizada ruptura de la continencia de la causa.

La defensa se enfrentaba, pues, a una instrucción practicada “fuera del proceso” en la que no había podido participar ni conocer la relevancia de los múltiples testigos propuestos por las acusaciones; una acusación fundada en medios de prueba de otros procedimientos volcados tras una selección efectuada exclusivamente por las acusaciones; con la sospecha de la existencia de violaciones de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba de cargo así como a un generalizado sesgo ideológico en los directores de la investigación policial.

Dicha situación debía haber hecho decantar el juicio de admisión de pruebas significativamente hacia la defensa como **contrapeso a la situación de indefensión** sufrida.

Sin embargo, el Auto de admisión de pruebas de 1 de febrero de 2019 determinó la parcial admisión de medios de prueba de esta defensa, así como la inadmisión

¹⁹¹ En la STEDH Topić c. Croacia, de 10 de octubre de 2013, §42 se recuerda que cuando una solicitud de la defensa de interrogar a un testigo no es vejatoria, está suficientemente razonada, es relevante al objeto de la acusación y podría fortalecer la posición de la defensa o incluso dar lugar a su absolución, las autoridades nacionales deben proporcionar argumentos muy sólidos para denegar dicha solicitud.

de otros, rechazo que en ocasiones no obedece a motivos convalidables puesto que determinó la imposibilidad de desplegar eficazmente la defensa dejando a esta parte en inferioridad de condiciones respecto a las acusaciones.

El modelo de admisión de prueba en el proceso resulta paradójico, pues se sobredimensiona la admisión de prueba supuestamente irrelevante para el TS (que ni se valorará ni se vincula por el Tribunal con el objeto del proceso, así los ciudadanos y policía intervinientes el día 1 de octubre de 2017) y, en cambio, se inadmite cualquier prueba vinculada a las alegaciones de violaciones de derechos fundamentales, o relacionada con la crítica de la credibilidad de testigos de acusación, protegiendo de tal forma la apariencia de neutralidad de los testigos mediante el recurso a una extraña noción de “contradicción” exclusivamente vinculada al acto de Juicio Oral y ajena a cualquier situación previa.¹⁹²

Debemos referirnos concretamente a algunos medios de prueba denegados para argumentar por qué ello generó indefensión a esta parte y, por tanto, una limitación indebida del derecho al juicio justo.

La indefensión proviene de la inadmisión, en el Auto de 1 de febrero de 2019, de los siguientes medios de prueba de esta defensa:

- a) Prueba documental de folios de las actuaciones.
- b) Declaraciones de los coprocesados Sres. Puigdemont y Rovira.
- c) Declaración del senador Sr. Ignacio Cosidó.
- d) Declaración del Sr. Carlos Enrique Bayo e investigación de cuenta de Twitter.
- e) Documentos concretos del Sumario 5/18 del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona.
- f) Documentación íntegra de los procedimientos Sumario 7/2018 del Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional y de las Diligencias Previas 1439/2019 del Juzgado de Instrucción nº7 de Barcelona.

¹⁹² Sobre la errónea concepción de la “contradicción” se ha desarrollado en el presente escrito el correspondiente capítulo.

En el trámite de cuestiones previas (786.2 LECr) y en uso de la facultad de reproducción de medios de prueba denegados o de proposición de nuevas pruebas, esta parte reiteró la solicitud de práctica de tales medios de prueba y añadió los siguientes:

- g) Aportación de documentos de audio relativos a manifestaciones de criminalización pública de los acusados efectuadas por autoridades políticas.
- h) Pericial técnica de policía, solicitada por adhesión a la ofrecida por la defensa del Sr. Jordi Cuixart.

Durante la sesión del día 14 de febrero de 2019 el Tribunal resolvió *in voce* las cuestiones previas y determinó **mantener la denegación** de todos los medios de prueba reseñados anteriormente.

Frente a dicha decisión se anunció protesta que la Presidencia del TS **no permitió argumentar ni desarrollar**, por lo que se formuló y razonó mediante escrito de esta parte de 18 de febrero de 2019 que obra en las actuaciones.

En la Sentencia sólo algunas de dichas denegaciones de prueba han sido nuevamente discutidas y argumentadas por el TS. Esta parte desconoce en base a qué criterio el TS sólo ha consignado las razones de la inadmisión de algunas pruebas y no de otras en las páginas 137 a 140 y 145 a 149 de la Sentencia.

La lesión de derechos fundamentales se produce por la denegación de prueba relevante para la defensa, en ocasiones de forma no argumentada, en desigualdad de armas y limitando indebidamente las posibilidades de articulación de una estrategia defensiva eficaz, como pasaremos a desarrollar.

A) Prueba documental.

La fórmula de admisión o inadmisión de la prueba documental generó ya en su día en el Auto de 1 de febrero una evidente indefensión, puesto que más allá de la libre valoración de la prueba como criterio principal de formar la convicción del Tribunal enjuiciador, **no se determinaba de forma concreta qué documentos formarían parte del acervo probatorio** y podrían influir en el debate contradictorio.

Así, la página 48 del Auto de 1 de febrero, con remisión a su apartado 2.1.4 del FJ 2º establece una “regla” de admisión o inadmisión sin concreción alguna respecto al ingente conjunto documental aportado por las acusaciones.

Dicha situación llevó a esta defensa a protestar el hecho en cuestiones previas. La Sentencia finalmente dictada añade a dicha situación un *plus* de indefensión al **no contener una valoración pormenorizada de la prueba** practicada, por lo que la defensa se ve incapaz de discernir qué elementos de prueba han sido admitidos o inadmitidos, valorados o no valorados.

La Sentencia, en realidad, al no determinar los concretos documentos en los que basa sus apreciaciones y que dan lugar a los hechos probados, viene a constituir una **traslación de testifical de referencia** de los investigadores policiales, hecho que atenta contra el artículo 6.1 y 6.3.d) CEDH.¹⁹³

B) Coprocesados.

Las razones para la inadmisión de la declaración de coprocesados declarados en rebeldía no resultan atendibles.

En primer lugar, porque dichas fuentes de prueba estaban al pleno alcance del tribunal y no pesaba sobre ellos ninguna orden de detención o entrega internacional en vigor. **Su rebeldía procesal**, más allá de una consecuencia legal de su vecindad en el extranjero, **no podía suponer de forma automática su expulsión como medio de prueba** pertinente para las defensas interesadas en conocer la información y hechos proporcionados por los coprocesados.

En cualquier caso, debe recordarse que la **retirada de la reclamación internacional** de los coprocesados fue una decisión de oportunidad, más que cuestionable desde la óptica de la legalidad procesal y de cooperación judicial internacional. Fue el Instructor el que retiró las euroórdenes destinadas a la reclamación de los coprocesados para su puesta a disposición de las autoridades judiciales españolas.

No existía, por tanto, imposibilidad de citación de los mencionados coprocesados.

¹⁹³ Una presunción contraria al uso de la testifical de referencia, en términos del CEDH, se describía, por ejemplo, en la Decisión TEDH Thomas c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2005.

El derecho a examinar “testigos” tal y como se prevé en el artículo 6.3.d) CEDH incluye a los coacusados y la autoridad judicial debe garantizar la oportunidad, en algún momento del procedimiento, de que la defensa pueda interrogarles si ello resulta posible.¹⁹⁴

Las concretas situaciones de índole formal que puedan afectar a un coacusado no deberían impedir que pudiera constituirse en prueba para las demás defensas.

En la sesión de 14 de febrero de 2019 se manifestaba por la presidencia del Tribunal de enjuiciamiento que “no se podía ser al mismo tiempo procesado y testigo” pero dicho argumento resulta incongruente con la postura del mismo Tribunal.

Así, la denominación formal de “testigos” (al no ser parte pasiva del juicio oral) no impedía que pudieran disponer de fórmulas de protección de su derecho a no inculparse, de la misma forma que se dispuso respecto de decenas de testigos que comparecieron al acto del Juicio Oral y sobre los que pesaban imputaciones o acusaciones en procedimientos paralelos por hechos idénticos o análogos.

Con relación a la influencia de las declaraciones en el fallo, resulta evidente puesto que la Sentencia declara probados hechos (por ejemplo el contenido de la reunión de 28 de septiembre entre la cúpula de los Mossos y el Presidente Puigdemont, o múltiples referencias a actuaciones concertadas entre miembros del gobierno, el Parlament y la sociedad civil) y les otorga un significado antijurídico cuando dependen, aunque sea parcialmente, de la visión y conocimientos de los coprocesados solicitados como medio de prueba.

Resulta evidente que el Tribunal de enjuiciamiento tenía capacidad para recibir el testimonio de los coprocesados, puesto que lo hizo respecto de testigos con vecindad en el extranjero y respecto de muchos testigos que se hallaban imputados por los mismos hechos o análogos a los enjuiciados.

C) Testigo sobre la parcialidad del Tribunal.

Resulta obvio que a ningún juez o magistrado, de la misma forma que a cualquier otro profesional obligado por normas éticas o deontológicas, no le resulta neutra

¹⁹⁴ STEDH Trofimov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2008, §37-38.

una “acusación” de falta de independencia e imparcialidad.¹⁹⁵ El TS así lo demuestra cuando aborda la cuestión en la página 104 de la Sentencia con evidente crítica a las partes.

Esta parte puede empatizar con el sentimiento de los magistrados del TS expresado en la Sentencia, pero las obligaciones deontológicas de la defensa obligan, en ocasiones, al planteamiento de acciones de evidente afectación en quienes se hallan naturalmente cuestionados en su imparcialidad.

Dice la Sentencia en su página 104 que *El ejercicio del legítimo derecho a la recusación de los integrantes de un tribunal, como medio para garantizar un proceso justo, ha dejado paso a una **recusación concebida para laminar, mediante la insistencia, la credibilidad pública del Tribunal Supremo y su apariencia de imparcialidad**. El desarrollo de este juicio, sin precedentes en su duración e intensidad, ha sido contumazmente presentado como un tedioso y prescindible trámite para llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, única instancia capaz de deshacer la injusticia de nuestra sentencia. Ni siquiera al Tribunal Constitucional se le reconoce capacidad para otorgar amparo frente a las vulneraciones de derecho que pudieran ser denunciadas. El Tribunal Constitucional ha sido presentado, por la mayor parte de los procesados, como el responsable verdadero del proceso secesionista, al haber declarado la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña.*

Esta parte no puede darse por aludida puesto que las dudas sobre la imparcialidad del Tribunal las vertió, concretamente, un senador español, el Sr. Ignacio Cosidó, a través de la remisión de un mensaje a través de su teléfono móvil que se hizo público y en el que describía al presidente del TS como afín a los intereses de su partido (entonces el partido del Gobierno).

Sólo dicha persona conocía, si es que existían, los datos que avalaban su opinión de falta de independencia e imparcialidad de un miembro del Tribunal y su declaración era pertinente a los fines de la protección del derecho al juez independiente e imparcial. Esa y no otra era la pertinencia de la prueba

¹⁹⁵ En el presente escrito se desarrolla en capítulo aparte el cuestionamiento de la independencia e imparcialidad del Tribunal y que motivaba la necesidad de la práctica de la prueba.

reclamada, que **no se practicó en la tramitación del incidente de recusación** planteado frente al Tribunal.

Independencia e imparcialidad deben mantenerse y deben resultar creíbles públicamente. La apariencia de imparcialidad es un valor que proteger. Sin la práctica de la prueba dicha apariencia de imparcialidad quedaba cuestionada y la defensa tenía derecho a **conocer las razones de las manifestaciones del senador Sr. Cosidó** y despejar cualquier duda sobre la inclinación del Tribunal a someter su independencia a fines distintos de los de la Administración de Justicia.

La afectación al fallo de dicha testifical resulta evidente ante la existencia de un cuestionamiento sobre la independencia e imparcialidad del Tribunal que, caso de verificarse por la prueba propuesta, daría lugar a su nulidad.

D) Datos sobre la parcialidad y falta de neutralidad del jefe de la investigación.

Las distintas pruebas solicitadas para acreditar que el Teniente Coronel Sr. Baena, bajo cuyo mando se desarrolló durante más de 2 años la investigación de los hechos, **actuaba bajo el influjo de una ideología política opuesta a la de los investigados que probaba su falta de neutralidad**, fueron indebidamente inadmitidas por el TS.¹⁹⁶

La credibilidad de los testigos es algo sobre lo que la defensa puede y debe opinar e intentar discutir en Juicio Oral.¹⁹⁷ Y la falta de credibilidad, en el caso aludido, proviene de la existencia de un sesgo personal evidente, fruto de una ideología antagónica a la de los acusados.

La prueba era, además, relevante por cuanto siempre se ha negado dicho sesgo por el testigo aludido a quien se ha conferido una **indebida protección** para impedir demostrar su falta de imparcialidad, elemento importante cuando

¹⁹⁶ A dicho responsable de la investigación se hace referencia en el capítulo dedicado a la “Causa General” de investigación.

¹⁹⁷ La STS de 7 de diciembre de 2010 (ponente JORGE BARREIRO) incidía en la importancia de la imparcialidad de los investigadores al decir que *la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial muy lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso.*

estamos hablando de quien debe conducir una investigación desde la neutralidad.¹⁹⁸

Los medios de prueba no son sólo relevantes como fórmula de determinación de los hechos, sino también *en todo lo que concierne a la admisibilidad, fiabilidad y completitud de dicha prueba*.¹⁹⁹

El jefe de la investigación de los hechos, dedicado durante años a la persecución del movimiento político independentista catalán, compaginaba sus labores oficiales con manifestaciones de crítica mordaz y burla teñidas de ideología política que vertía en la red social Twitter en un perfil oculto (falso) y bajo un “alias”. Durante la instrucción se negó la posibilidad de demostrar ese dato relevante para el análisis de credibilidad del testigo y nuevamente en Juicio Oral se impidió la práctica de prueba al respecto.

La acusación, en definitiva, hacía descansar en dicho testigo una parte importante de su tesis de cargo incluso con una dimensión de “experto” más allá de su conocimiento personal de hechos.

La defensa, debemos recordarlo, debe tener **las mismas posibilidades** que la acusación de probar hechos, cuestionar la veracidad de los testigos, defender o criticar la legalidad de la obtención de pruebas, etc.

Debe reiterarse que la Sentencia se basa en un determinado examen de credibilidad del testigo y de su equipo de investigación, que quedaría en entredicho ante la evidencia de su declaración mendaz, amén de cuestionar precisamente la credibilidad global de su testimonio ante los datos objetivos que las pruebas rechazadas iban a aportar.

E) Documentación concreta del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona.

Tal y como se desarrolla en el capítulo relativo a la ruptura de la continencia de la causa, la fragmentación de procedimientos y la “causa general”, existe un procedimiento previo al presente en el que se efectúa la inmensa mayoría de la investigación que dará lugar a la prueba valorada en Sentencia.

¹⁹⁸ Así se establece en el §40 del Código Ético Europeo de la Policía.

¹⁹⁹ STEDH Mirilashvili c. Rusia, cit., §200.

Dicho procedimiento se gestó y desarrolló con vulneración de derechos fundamentales y esta parte reclamó **documentos concretos y específicos** que demostraban dichas vulneraciones de derechos y que debían determinar la anulación, por ilícita, de la prueba valorada en el Juicio Oral y consignada en la Sentencia definitiva.

El Tribunal no podía denegar dicha prueba pues en ella residían **las únicas oportunidades de demostrar fehacientemente la irregularidad de la investigación** judicial y la nulidad de las fuentes de prueba incorporadas al presente procedimiento.

En modo alguno la solicitud de particulares de tal procedimiento había de dar lugar a un volcado “acrítico” de documentos, puesto que era una **selección análoga a la efectuada por las acusaciones** de concretos documentos de tal procedimiento. En el caso de la defensa los documentos demostraban la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, singularmente por la existencia de una causa general o prospectiva.

Su denegación resulta imposible desde el prisma del derecho a la defensa y a la igualdad de armas. Entre los principios que postula la Directiva 2012/13 (derecho a la información en procesos penales) se encuentra el hecho de que las “autoridades competentes” en materia de investigación deben proporcionar a la defensa la información necesaria para garantizar la indemnidad de sus derechos, de la forma en que se ha ya razonado en el apartado correspondiente del presente recurso, y con independencia de que la información o pruebas se encuentre en otros procedimientos si estos guardan una relación de identidad o similitud suficiente.

En el Auto de admisión de prueba de 1 de febrero **no se razona** en modo alguno el motivo de inadmisión (punto 3.5.2 del Auto). En cuestiones previas esta parte recordó que “la presunción de regularidad o licitud de la prueba opera salvo que se demuestre lo contrario, de ahí la necesidad de acceder a dicha documentación” y advirtiendo de las “dificultades probatorias” que se estaban generando indebidamente a la defensa.

Al resolver las cuestiones previas el Tribunal hacía referencia a la imposibilidad de un “acceso preventivo” a otros procedimientos. Dichas razones nada tenían que ver con la solicitud probatoria que especificaba concretamente qué documentos quería utilizar la defensa puesto que se conocía su contenido.

Por escrito se razonaba la protesta diciendo: *La decisión de inadmisión de los folios solicitados por esta parte no resulta protectora de derechos fundamentales cuando se funda en el hecho de que la presente causa “no puede constituir el recipiente formal” en el que volcar el contenido de otros procedimientos. Con la decisión del Tribunal la causa se convierte, paradójicamente, en el **recipiente de todos los particulares solicitados por la acusación con proscripción de los solicitados por la defensa** (desigualdad de armas) y se cercena la posibilidad de discutir la legalidad del procedimiento del Juzgado de Instrucción nº13 y, por ende, del presente. Los folios solicitados por esta parte acreditarían la existencia de vulneraciones de derechos flagrantes cometidas en aquel procedimiento que viciarían de nulidad las fuentes de prueba que, ahora, el Tribunal pretende valorar contradictoriamente, pero la contradicción presente no puede validar la ilicitud original. **No se ha fundamentado, tampoco, el descarte de la cuestión prejudicial comunitaria planteada.***

Finalmente, la Sentencia **no razona la inadmisión**, confundiendo la prueba con otra distinta relativa al acceso a la totalidad del expediente del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona. Ambas pruebas tenían un fundamento distinto. Mientras la solicitud de acceso a procedimientos paralelos se fundamenta en la protección del derecho a la información (en consonancia con la Directiva UE 2012/13), la prueba relativa a la obtención de documentos determinados se basa en la necesidad de probar la existencia de vicios de nulidad de la prueba transportada de dichos procedimientos anexos.

Se privó, por tanto, a esta defensa de demostrar la nulidad por vulneración de derechos fundamentales de los medios de prueba aportados al procedimiento y sobre los que se fundamenta la condena, singularmente toda la documentación relativa al delito de malversación de caudales públicos, así como toda la demás prueba derivada del procedimiento del Juzgado de Instrucción nº13 en conexión de antijuridicidad.

La trascendencia de una declaración de nulidad de medios probatorios, sobre todo al tratarse de las pruebas de origen sobre las que se sustenta todo el procedimiento, es evidente para el fallo.

F) Procedimientos desconocidos.

La prueba vinculada al acceso a procedimientos relacionados con el presente (los del Juzgado Central de Instrucción nº3 y el Juzgado de Instrucción nº7 de Barcelona) sí tenía que ver con la protección del **derecho a la información**. El fundamento de su pertinencia tiene que ver con las alegaciones ya formuladas relativas a la existencia de una fragmentación de la investigación en distintos procesos generadora de indefensión para las defensas y utilizada por las acusaciones para conseguir una **ventaja indebida** en el proceso.

Como ya se ha argumentado con referencia a la doctrina *Matanović*, *en aquellos sistemas en que la acusación está obligada por ley a considerar tanto los hechos contrarios como favorables al sospechoso, un procedimiento en el que las acusaciones tenga la facultad de escoger qué es o no relevante para el caso, sin garantía procedimental del derecho a la defensa, no cumple con los requisitos del artículo 6.1 CEDH.*²⁰⁰

La defensa en este caso tenía derecho a conocer aquello que afecta a su posición y que potencialmente puede ser utilizado en su estrategia defensiva y que sólo estaba al alcance de las acusaciones.

En *Borisova*²⁰¹ el TEDH se refiere, además, a la necesaria **igualdad de armas** cuando defiende que la existencia de procedimientos rápidos o ágiles no puede ir en detrimento del derecho a la prueba, ni resulta aceptable que se produzca una *injusta ventaja de la acusación sobre la defensa al tiempo de preparar el juicio y encontrar testigos* porque ello puede producir que el tribunal *examine exclusivamente testigos parciales en favor de la tesis de acusación*.

La desigualdad de armas se produce en todos aquellos casos en los que se deja a la defensa en peor condición que la acusación en el acceso y examen de la prueba y en las posibilidades de solicitar su práctica en juicio oral.

²⁰⁰ STEDH *Matanović* c. Croacia, cit., §§181-182.

²⁰¹ STEDH *Borisova* c. Bulgaria, de 21 de diciembre de 2006, §47-48.

G) Audios criminalización pública.

La pertinencia de la prueba relativa a grabaciones de manifestaciones públicas de criminalización de los acusados efectuadas por autoridades se relaciona con la **dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia**, desarrollado en otro capítulo del presente escrito. Como materia vinculada a la vigencia y respeto de un derecho fundamental, la defensa tenía derecho a introducir la prueba y solicitar su valoración judicial.

H) Pericial de policía.

La referencia del artículo 6.3.d) CEDH a los “testigos” se extiende también a los peritos.²⁰²

Puede que una de las pruebas denegadas de mayor importancia para el proceso y que el Tribunal ha ninguneado de forma sorprendente, es la relativa al análisis técnico efectuado por el equipo pericial del que forma parte el Sir Hugh Orde (expresidente de la Asociación de Jefes de Policía), en materia de análisis técnico policial.

Dicha prueba es crucial y está totalmente vinculada con el objeto del procedimiento tal y como se desarrolla en la Sentencia.

Así, la Sentencia valora como elementos esenciales para la determinación de la culpabilidad los que tienen que ver con la previsibilidad de riesgos contra el orden público, la materialización de dichos actos, y la interpretación técnico-policial de elementos relacionados con el control de masas, control de riesgos, existencia de amenazas a la convivencia y el orden público, actuación policial, análisis de iniciativas o reacciones ciudadanas en un supuesto de reunión y manifestación, coordinación y organización de protestas ciudadanas, etc.

El rechazo de la prueba contraviene la norma según la cual cualquier contrapericia resulta pertinente en la medida que la pericial de acusación lo sea, y más allá del evidente contenido de respuesta defensiva de la mencionada pericial, lo cierto es que se fundamentaba en la existencia de datos estrictamente técnico-policiales y operacionales que justificaban su práctica.

²⁰² STEDH Doorson c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, §§81-82.

El Tribunal además tomó una decisión técnicamente extraña al admitir el informe documentado de los peritos **denegando su explicación contradictoria** en Juicio Oral, destruyendo por tanto la esencia de la prueba pericial.

La pericia técnica de policía era pertinente porque el procesamiento se fundamentaba en un análisis técnico policial de los hechos (folio 3196 de la causa, página 34.e del procesamiento) y porque las conclusiones de la Sentencia toman como base del razonamiento de culpabilidad datos de índole técnico policial para configurar el veredicto.

*El rechazo a oír testigos u otra prueba de la defensa, pero al tiempo practicar prueba de la acusación puede generar un problema relativo a la igualdad de armas.*²⁰³

El TEDH en el caso *Kasparov y otros* recuerda la necesidad de respetar la igualdad de armas, que puede resultar afectada *si el tribunal rechaza testigos de la defensa que pueden clarificar una situación discutida relacionada con la base de la acusación.*²⁰⁴

En dicha Sentencia del Tribunal de derechos humanos se critica la asunción exclusiva de la versión de la policía, por más que de ella se diga que no tiene visos de imparcialidad.

Literalmente se establece en *Kasparov y otros* que *dada la importancia de la controversia sobre los hechos para la resolución del caso y el protagonismo del agente de policía que detuvo a los demandantes y confeccionó el atestado*, era indispensable para el tribunal agotar cualquier posibilidad razonable de descubrir la realidad.

Ello tiene que ver, además (nuevamente según *Kasparov y otros*) con la **facilidad en la práctica** de la prueba, que en el caso que nos ocupa era evidente porque estaba a disposición del Tribunal de enjuiciamiento.

Finalmente se critica en *Kasparov y otros* (§66) el *respaldo sin reservas al atestado policial* sin examen de la prueba de descargo de la defensa.

²⁰³ STEDH Topić c. Croacia, cit., §48.

²⁰⁴ STEDH Kasparov y otros c. Rusia, de 3 de octubre de 2013, §§64-66.

*La igualdad de armas también es relevante en lo que atañe a la admisión de peritos.*²⁰⁵

Dado que la Sentencia toma como elementos de prueba datos técnicos proporcionados por testigos y peritos, era imprescindible *dotar a la defensa de la asistencia de peritos en materias relevantes.*²⁰⁶

Resulta evidente que la prueba, en palabras de la doctrina del TEDH, podía haber **fortalecido la posición de la defensa**, y ello resulta evidente desde el momento en que las conclusiones del informe pericial documentado son claramente contrarias a los hechos probados y su valoración.

I) Desigualdad de armas.

Más allá de la indefensión producida por la denegación de medios de prueba, la lesión del derecho alegado se produce, finalmente, por la existencia de una flagrante **desigualdad de armas** en el trato efectuado entre defensa y acusaciones en lo que respecta a la admisión de medios de prueba.

Más allá de la inadmisión generalizada de prueba de defensa en contraposición a la admisión de la prueba de acusación, existen datos concretos de una causación de indefensión relevante por discriminación de la posición de las defensas que tienen que ver con la solicitud de prueba testifical de responsables del Ministerio de Hacienda y así se consignó en el escrito de protesta de esta parte de 18 de febrero de 2019.

La Abogacía del Estado, fuera del turno de proposición de nueva prueba, aprovechó un turno de réplica a las defensas para solicitar la conversión de una prueba solicitada por una defensa (en particular el informe del Ministerio de Hacienda propuesta por la defensa de la Sra. Bassa) en prueba personal que es valorada en la Sentencia como prueba esencial de cargo (así la prueba de las “expertas” consignada en las páginas 290 y siguientes de la Sentencia). La clamorosa inacción de dicha acusación durante el trámite de proposición de prueba impedía que el Tribunal pudiera admitir ese medio de prueba y

²⁰⁵ STEDH Shulepova c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, §62.

²⁰⁶ De conformidad con la doctrina, entre otras, de la STEDH Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, de 25 de julio de 2013, §731.

sobrepasar la solicitud formulada por la defensa mediante la admisión de la declaración personal de las firmantes de un certificado.

Según la STC 14/2011 la prueba *debe haberse solicitado en la forma y momento legalmente establecidos*.

Ello demuestra una desigualdad de trato, además, respecto a las decisiones tomadas respecto de las defensas a quienes se limita la capacidad de aportación de peritos (según dicho *ut supra*) para formar convicción.

6.9 DESARROLLO DEL JUICIO ORAL Y TRATAMIENTO DE LA PRUEBA

Una de las curiosidades de la respuesta del Tribunal a las alegaciones de vulneraciones de derechos fundamentales en el trámite de “cuestiones previas” se produjo por la expresión de dos “reglas generales” que iban a condicionar el desarrollo de las sesiones de la vista. Por la Presidencia del Tribunal se trasladaba a las partes lo siguiente: que la Sala *no admite estrategias dilatorias* y tampoco lo que se califica de “*alegaciones de indefensión hipotéticas*”.

El Tribunal iniciaba el Juicio Oral, por tanto, prejuzgando las pretensiones de las partes como estrategias causantes de dilaciones y con ello se justificarían muchas de las denegaciones de preguntas, la configuración apresurada y a última hora de los calendarios de las sesiones del juicio oral (es decir, sin que las defensas pudieran conocer en qué momento los testigos declararían hasta pocos días antes de hacerlo), se prohibiría el desarrollo de protestas y objeciones, y se limitarían las posibilidades de participación de las partes.

La mención, nuevamente anticipada indebidamente, de no atender a “indefensiones hipotéticas” no deja de ser, también, una estigmatización indebida e inmerecida de la actuación de las defensas.

Esas dos reglas *per se* constituyen una indicación de cómo se vulneran derechos fundamentales durante el juicio.

Algunas de dichas vulneraciones serán expresamente analizadas por su singular importancia.

- Mediante escrito se protestó por la **denegación de las cuestiones previas** relativas al derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, a un proceso con garantías y a la tutela

judicial efectiva. En dicho escrito se denunciaba también la prohibición del Tribunal de **expresar oralmente** las razones de la protesta formulada durante la vista (escrito de 18 de febrero de 2019).

- En distintas ocasiones se protestaba el hecho de la **falta de información** sobre el calendario de sesiones o agenda del juicio oral, así como la **ordenación irregular** de la prueba (escritos de 20 de febrero, 4 de marzo y 22 de marzo de 2019).
- También se denunció la indebida aplicación de las previsiones del artículo 714 LECr para la **valoración de material sumarial** (escrito de 21 de febrero de 2019) así como la falta de respeto a **condiciones de descanso** de las defensas.²⁰⁷
- Se denunciaba la forma en la que el Tribunal permitía intervenir a las defensas en la práctica de las pruebas (15 de marzo de 2019) y la **restricción de los interrogatorios** mediante una errónea interpretación del artículo 708 LECr.
- Se protestó también sobre la **imposibilidad de confrontación de la prueba** documental con la testifical (21 de mayo de 2019).
- Finalmente se cuestionó la **limitación temporal** establecida para el informe oral (escrito de 10 de junio de 2019).

Huelga decir que las objeciones efectuadas durante el juicio oral por las defensas tuvieron que amoldarse a la prohibición general establecida por el Tribunal de efectuar protestas razonadas, de la misma forma que se afeó la conducta a las defensas cuando, ante la imposibilidad de argumentar las protestas en la vista, lo hicieron (para la debida constancia en las actuaciones) por escrito.

Resulta importante tratar algunos aspectos relativos a la práctica de pruebas durante el Juicio Oral, por la singularidad de la lesión de derechos producida.

Durante el desarrollo de las vistas orales, el Tribunal tomó decisiones relativas a la práctica de la prueba y a la forma en que las partes podían intervenir en dicha práctica que, a juicio de esta defensa, estarían limitando un verdadero debate

²⁰⁷ Según la STEDH Barberà, Messegué y Jabardo c. España, de 6 de diciembre de 1988, §70, *resulta crucial que los acusados y sus defensas puedan participar en el proceso y efectuar solicitudes sin sufrir un cansancio excesivo.*

contradictorio en perjuicio de la estrategia defensiva. En ocasiones ello se produjo con apartamiento de los usos forenses tradicionales.

El Tribunal ha establecido reglas de ordenación del debate en las que la defensa sufría una limitación indebida en su actuación bajo el pretexto de la igualdad de armas, de tal forma que la “igualación de las partes a la baja” (esto es, limitando formalmente los derechos tanto de acusación como de defensa) daba lugar a una indebida restricción de las facultades y posibilidades de la defensa que, por más que tuviera lógico reflejo en la imposición de límites a la acusación, vulneraba el derecho a la defensa y al juicio justo.

No resulta de recibo priorizar la igualdad de trato entre las partes si ello supone una restricción indebida de la defensa, pues ello significaría que el Tribunal puede restringir el derecho a la defensa efectiva siempre que lo haga también respecto de la acusación.

Huelga decir que la defensa en el proceso penal tiene una posición privilegiada frente a la acusación, muestra de ello es que nuestro sistema de justicia penal se basa en una magnífica discriminación de la acusación a quien se exige probar los hechos base de la culpabilidad, otorgando al acusado la presunción de inocencia que en todo sistema penal democrático se erige como pilar sagrado y regla indiscutible.

Todo lo mencionado tiene que ver con la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el proceso con todas las garantías, la tutela judicial efectiva (24 CE) y, en definitiva, el derecho al juicio justo o equitativo (6 CEDH). La participación del letrado en una defensa efectiva es una de las finalidades de la Directiva 2016/343.

Hay tres tipos de situaciones concretas en las que se manifiestan los problemas en relación con la práctica de la prueba: (i) imposibilidad de contrastar las declaraciones testimoniales con la prueba documental videográfica, (ii) imposibilidad de hacer preguntas por parte de la defensa e (iii) iniciativa en el interrogatorio del presidente del Tribunal.

A) PRUEBA VIDEOGRÁFICA

El Tribunal anunció y utilizó una regla sobre la **gestión de la prueba videográfica** que limitaba indebida y significativamente el derecho a la defensa y a la contradicción.

Las sesiones del juicio oral se desarrollaron en sus primeras sesiones mediante la exhibición de algunos vídeos a acusados o testigos, pero dicha regla se modificó cuando las defensas propusieron interrogar a agentes de policía acerca del contenido de determinados vídeos que reflejaban los hechos por los que habían sido citados.

Por más que la Sentencia no describa ni refleje en modo alguno una valoración de los hechos sobre los que trataba el 75% de la prueba admitida en Juicio Oral (esto es, la referida a las concentraciones ciudadanas de los días 20-S y 1-O), resulta obvio que el Tribunal ha podido examinar por sí, incluso sin que ello se produzca durante las vistas públicas, toda la documentación propuesta por las partes (726 LECr). Pero ello no significa que dicha documentación no debía aflorar en determinados momentos como **material de confrontación con la prueba personal** en aras a facilitar la correcta convicción del Tribunal respecto de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Ello tiene que ver con el objetivo de asegurar que la práctica de la prueba facilite las garantías de inmediación, contradicción y publicidad y ayude al Tribunal en la conformación de una opinión fundada, y por ello el material documental (papel, audio o vídeo) en ocasiones debe introducirse en el debate plenario de forma previa al trámite ordinario de “documental”.

A juicio de esta defensa no cabía excluir *a priori* la práctica de prueba videográfica durante los interrogatorios de testigos o peritos puesto que la pertinencia de exhibir dicho material a quienes declaren en el juicio oral reside en su **utilidad de cara a la formación de la convicción** del Tribunal que se vincula con la necesidad de someter a contradicción el material videográfico con la fuente de prueba testifical, en aquellos supuestos en que ello sea imprescindible o incluso simplemente útil.

Si un testigo agente de policía decía (como sucedió) que “había recibido un golpe de un manifestante” cuando una prueba videográfica demostraba que

precisamente ese agente era quien había golpeado al ciudadano, lo lógico era permitir que entre las facultades de la defensa estuviera la de interrogar al testigo mediante su confrontación con el medio de prueba videográfico.

Ello hubiera permitido demostrar la falsedad del testigo, minando su credibilidad de cara a la valoración de la prueba, pero sobre todo hubiera permitido ampliar el interrogatorio respecto de hechos relevantes. Siguiendo con el ejemplo, la exhibición del vídeo habría llevado a conocer, seguramente, las razones por las que el agente de policía había golpeado al ciudadano, no expuestas en el plenario por mor de la cerrazón de la versión artificial y no cuestionada de los testigos de acusación.

La confrontación entre un testigo y un vídeo tenía incluso un sentido más primario, cual es el de solicitar explicaciones sobre la presencia en el lugar de dicho testigo, si negada dicha presencia fuese perceptible en la filmación, o bien la presencia de terceras personas, si negada fuese igualmente obvia del vídeo.

No hacerlo así es condenar al Juicio Oral a una suerte de arena de discursos artificialmente preparados, un trámite superfluo que repugna a los principios del proceso penal moderno.

El Juicio Oral es el escenario del descubrimiento de la verdad, no un aparador por donde desfilan los testigos de las partes para expresar lo que les venga en gana bajo la protección de un Tribunal cerrado a cuestionar la versión testifical totalmente desacreditada por la evidencia del audio o el vídeo.

De hecho, la razón de ser de dicho criterio favorable al **contraste entre medios de prueba** guarda muchas similitudes con la regla prevista en el artículo 714 LECr que permite la confrontación de la declaración del testigo con la previamente dada, cuando se aprecien contradicciones que el testigo, **en ese momento y no en otro**, deba aclarar. Ciertamente es que podría simplemente dejarse para el trámite de documental la lectura de declaraciones sumariales contradictorias, pero la lógica del precepto se vincula con la necesidad de poder interrogar al testigo por dichas contradicciones, confrontándole con el material documental e interrogándole para obtener la verdad material.

Es por ello que esta defensa entendía que era conveniente la exhibición de vídeos a testigos cuando se diesen las siguientes circunstancias:

- Cuando el testigo deba **reconocerse** en determinada filmación como partícipe y, así, o bien corroborar la razón de ser de su conocimiento sobre los hechos grabados, o bien cuestionarla.
- Cuando el testigo exprese hechos **incompatibles** o **divergentes** sustancialmente con los que aparezcan en grabaciones sobre esos mismos hechos o bien alegue desconocimiento sobre hechos presumiblemente acaecidos en las circunstancias que, contrariamente, el testigo diga haber presenciado.

El hecho de que el Tribunal no permitiera a las defensas contrastar o confrontar el material videográfico de hechos sobre los que el testigo emitía su particular visión, produjo una merma en la contradicción y en las facultades de conducir un interrogatorio en condiciones, esto es, con afectación al derecho a la prueba y a la defensa.

Al mismo tiempo, el criterio expuesto debería ser **idéntico para las acusaciones**, no siendo posible que la pretensión de cargo posponga el examen de grabaciones de vídeo al trámite de documental cuando dichos contenidos tengan que ver con la presencia o conocimiento por testigos de la acusación. Hacerlo así vulnera el principio acusatorio.

Es evidente que las acusaciones, si pretenden dar veracidad, autenticidad y fuerza convictiva a los documentos de vídeos propuestos, deben permitir que dicho material se confronte con los testigos propuestos como prueba de acusación sobre dichos hechos. No hacerlo así, **ha eliminado las posibilidades de las defensas de interrogar a los testigos con relación a la documental de acusación**, generando una indefensión inadmisibles.

Por tanto, debía dejarse practicar la prueba de vídeo de forma contemporánea a la declaración de aquellos testigos que precisaren de la confrontación de su testimonio con la realidad grabada y ello tenía incidencia en el fallo porque habría generado una fuente de conocimiento sobre los hechos que ha sido omitida, máxime cuando el núcleo de la imputación tenía que ver con la existencia de manifestaciones ciudadanas (calificadas de tumultos), con sus características concretas (nota de violencia u hostilidad), con su intención (impedir el ejercicio

de la autoridad o sus agentes), y con cualquier otro elemento sobre el que muchos testigos omitieron hablar o lo hicieron sesgadamente.

Y ello sin perjuicio del trámite propio de la documental en la que los documentos videográficos cuya exhibición sea conveniente y pertinente debían ser examinados.

Todo ello de conformidad con el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, al proceso con todas las garantías y al juicio justo (24 CE y 6 CEDH). La garantía convencional alegada implica la necesidad de permitir una práctica de la prueba que ofrezca la posibilidad a las partes de conocer y comentar cualquier medio de prueba de forma que pueda influir en la decisión judicial.²⁰⁸

B) CONTRA-INTERROGATORIO DE LAS DEFENSAS

El derecho a la defensa efectiva fue afectado por la **restricción en el alcance de los interrogatorios y contra-interrogatorios** al imponer el Tribunal de enjuiciamiento límites distintos de los que se derivan del objeto del procedimiento definido por los hechos de acusación.

De entrada, debe resaltarse que la decisión de solicitar expresamente un medio de prueba por la defensa obedece a una **opción estratégica** y ello no debería limitar las posibilidades de que la defensa participe con la máxima amplitud en interrogatorios de testigos propuestos por otras partes que no forman parte de su catálogo expreso de medios probatorios ni tampoco restringir el alcance y finalidad de sus preguntas, con **el único límite del objeto del proceso** definido por la acusación.

En ocasiones la falta de asunción expresa de un medio de prueba personal de la acusación proviene de una decisión táctica de no adherirse a un medio de prueba “de cargo” o a aquel medio de prueba que se reputa nulo por causa de ilicitud, cosa que no puede excluir ni limitar la participación amplia de la defensa en el interrogatorio de ese testigo desde el momento en que es admitido por el Tribunal como medio de prueba para la vista.

Ese y no otro es el canon de interpretación del artículo 708 LECr que en modo alguno establece (y mucho menos lo establece en conjunción con el artículo 24

²⁰⁸ Así lo establece el TEDH ya desde la STEDH Brandstetter c. Austria, de 28 de agosto de 1991, §67.

CE) una limitación a la actuación de las partes “no proponentes” que venga definida por la actuación de la proponente de la prueba. Las **preguntas de la defensa deben ser aceptadas cuando “puedan influir en el fallo”**.

La defensa no está vinculada por ningún deber de imparcialidad y el único obstáculo que debe asumir es que la falta de proposición expresa del medio probatorio de otra parte le sitúa en una subordinación (o supeditación) derivada de no ser parte proponente y por tanto la renuncia al medio de prueba por quien lo solicitó implica indefectiblemente la imposibilidad de su práctica. Contrariamente, **si la prueba está admitida y es objeto de práctica en juicio oral, la defensa puede desplegar toda su estrategia defensiva con el límite del ámbito objetivo del proceso**.

Podríamos rescatar aquí, por su evidente analogía, el debate suscitado respecto a las impugnaciones mal llamadas “adhesivas” o supeditadas en las que el Tribunal ha venido en asumir que el recurrente supeditado depende del principal en cuanto a la iniciativa de impugnación (al no haber impugnado en tiempo y forma) pero no así en cuanto al fondo de la impugnación que puede incluso apartarse del corsé impuesto por el apelante principal.²⁰⁹

Pero existe, además, un hecho de mucha relevancia que tiene que ver con la desigualdad de armas generada por la inexistencia de una instrucción y la evidencia de que la acusación proponía sus testigos a partir de un conocimiento fuera del alcance de las demás partes (en muchas ocasiones derivado de su participación en procedimiento conexos o por ser destinataria directa la Fiscalía del producto de la investigación policial).

Como bien conoce el Tribunal, pese a distintas solicitudes efectuadas por las defensas durante la instrucción y en el trámite del artículo 627 LECr, lo cierto es que el juicio fue curiosamente construido sobre la base de centenares de testigos que **nunca habían declarado antes en el proceso** y respecto de los cuales la defensa se sitúa en inferioridad de condiciones. Muchos de dichos testigos han sido contrariamente interrogados por la Fiscalía en otros procedimientos en los que los acusados no fueran parte.

²⁰⁹ Así lo defiende la STS de 29 de junio de 2018.

La controversia producida en el Juicio Oral se manifestó por primera vez, por poner un ejemplo que demuestra la evidente afectación sobre el fallo que tiene la discusión, con la declaración del testigo Sr. Roger Torrent (Presidente del Parlament de Catalunya).

El testigo, propuesto por una acusación, reveló espontáneamente y más allá de los hechos por los que era interrogado por dicha acusación, haber estado y presenciado los hechos del 20 de septiembre de 2017 sin que el Tribunal permitiese entonces a las defensas interrogar sobre información tan trascendental para el pronunciamiento de culpabilidad como esa.

El Tribunal ni dejó interrogar, ni dejó argumentar la protesta efectuada, ni dejar constancia de las preguntas que se iban a formular al testigo ni, por tanto, pudo disponerse de la información (potencialmente afectante a la valoración de los hechos de cargo) de tal testigo.

La inmerecida desventaja de la defensa frente a la acusación es evidente y parte de la configuración misma del proceso por el Instructor y la Sala de enjuiciamiento, pese a las reclamaciones efectuadas por las partes.

La decisión **conculca el preeminente derecho a la prueba y a la defensa**, cosa que incluso el propio Ministerio Fiscal compartió al haber formulado protesta a dicha situación argumentando la necesidad de fiscalizar la pertinencia de los interrogatorios a través de la vara de medir que constituye el objeto de acusación.

Por primera vez ante el Tribunal aparecieron testigos que revelaban conocimiento de aspectos relacionados con la acusación que ninguna de las partes (o como mínimo la defensa) podía intuir que tenían. Ello abogaba *a fortiori* por permitir un interrogatorio amplio y que pudiera amoldarse a las revelaciones que los testigos ofrecían durante su declaración en las sesiones de juicio oral. No haberlo hecho así nos aleja del ideal de justicia y del descubrimiento de la verdad material.

C) INTERROGATORIO DE LA PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal, facultado por el artículo 708.II LECr, debía limitar su intervención de oficio en caso de precisarla a la solicitud de aclaraciones relacionadas con los concretos hechos aparecidos durante los interrogatorios y esa restricción se relaciona con la preservación de la **debida imparcialidad** del Tribunal,

vacunando al proceso frente a la suplantación de la iniciativa acusatoria en la línea de lo que defiende, entre otras, la STS de 2 de febrero de 2011.

Durante el Juicio Oral se produjo una extralimitación del Tribunal atentatoria contra tales principios, hecho que sucedió durante el interrogatorio del testigo Sr. Trapero mediante la formulación de una pregunta anteriormente vetada a la Fiscalía.

Dicha pregunta tiene las siguientes características:

- Había sido **previamente vetada** a la Fiscalía por razón de imposibilidad de formulación según interpretación el artículo 708 LECr. El Tribunal, así, suplía el defecto advertido de la parte acusadora. Lo que se prohibía a una de las partes del debate contradictorio se asumía como iniciativa del Tribunal supuestamente imparcial.
- La pregunta era claramente **de cargo**, y así se demuestra de la valoración de la respuesta atendidos los fundamentos jurídicos de la Sentencia y el pronunciamiento de culpabilidad.
- La pregunta se efectuaba, además, a alguien que era materialmente **coacusado** por los mismos hechos, esto es, a una fuente de prueba que la doctrina califica de prueba poco fiable hasta el punto de generar más suspicacias que la declaración de una víctima de delito.

Pero sobre todo dicha preguntaba **vulneraba el artículo 708.II LECr** en su interpretación acorde con el artículo 24 CE.

El Tribunal debía dirigirse de acuerdo con los principios constitucionales y *con moderación* (SSTS 31/2011, de 2 de febrero y 538/2008, de 1 de septiembre) para no comprometer su imparcialidad.

La iniciativa probatoria del Tribunal de enjuiciamiento debe *ceñirse al objeto de la causa, efectuarse en relación a las pruebas propuestas por las partes, tener una finalidad aclaratoria y no directamente inquisitiva y, por último, respetar los datos de contradicción y defensa de todas las partes.*²¹⁰

De forma análoga el artículo 6 CEDH, que recoge el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, implica la necesidad de que el juzgado

²¹⁰ STS 1333/2009, de 14 de diciembre, entre otras.

mantenga su neutralidad, evitando emprender una actividad inquisitiva encubierta.

El Tribunal, por lo manifestado, ha efectuado una gestión de la prueba discriminatoria hacia la defensa que ha situado a los acusados en clara inferioridad respecto de las acusaciones, violándose así los derechos y garantías procesales tan repetidamente alegados.

6.10 PRUEBA ILEGAL

Resulta superfluo recordar que sólo la prueba lícita puede ser valorada e influir en el devenir del juicio sustentando un pronunciamiento de culpabilidad. La **prueba ilegal** no tiene efecto alguno y está proscrita de la valoración probatoria judicial, hasta el punto de que la ilicitud derivada de la obtención de la fuente de prueba a través de vulneraciones de derechos fundamentales la convierte en “tóxica” dando lugar a un efecto de contagio de cualquier otra fuente de prueba derivada de aquella inicialmente ilícita en la que se evidencie una conexión de antijuridicidad.

El desarrollo del presente motivo se formula de forma separada de la redacción de los apartados relativos a presunción de inocencia (aunque tiene con dicho derecho fundamental una directa relación que dejamos formalmente apuntada) y ello porque, en definitiva, la crítica principal a la Sentencia tiene que ver con la imposibilidad (por decisión del Tribunal) de articular debidamente prueba que demostrara la ilegalidad en la obtención y manejo de la prueba de cargo.

La prueba de acusación no puede presumirse ilícita y es por eso que la impugnación en tal sentido o la actuación de la defensa debe ser explícitamente de cuestionamiento de la legalidad de la fuente de prueba para, en ese caso, determinar la necesidad de que las acusaciones razonen la corrección de los medios de prueba propuestos sobre los que pesa, por iniciativa de la defensa, una sospecha de irregularidad.

Contrariamente a la ilicitud, los defectos en la obtención o gestión de la prueba que tienen que ver con la legalidad ordinaria dan lugar a problemas de **fiabilidad** que afectan exclusivamente a su valoración probatoria, sin que el medio de prueba pueda ser directamente excluido del acervo probatorio. Nuevamente dichos vicios afectantes a la fiabilidad de la prueba de cargo deben ser de

ordinario denunciados por la defensa (como por ejemplo los defectos en la cadena de custodia de evidencias).

Esta parte impugnó de forma expresa la legalidad de determinadas fuentes de prueba, sobre todo aquellas que provenían de la causa del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona y, contrariamente, el Tribunal no sólo no ha entrado a valorar la impugnación, sino que toma dichas fuentes de prueba como material para la fundamentación del pronunciamiento de culpabilidad.

En el escrito de defensa esta parte manifestaba (Otrosí Digo Undécimo, letra B) impugnar por vulneración de derechos fundamentales la prueba derivada de los procedimientos del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona y del Juzgado Central de Instrucción nº3. Ello se hacía en consonancia con las alegaciones contenidas en el mismo escrito y singularmente las que se han ya apuntado relativas a la existencia de una causa general y, por tanto, nula, así como las vulneraciones concretas de derechos fundamentales producidas por registros o intervenciones telefónicas.

Como elementos adicionales para la completa acreditación de dicha nulidad radical de fuentes de prueba se solicitaba como prueba documental determinados particulares (Documental nº1) que fueron denegados, tal y como ya se ha relatado anteriormente.

Sorprendentemente el Auto de 1 de febrero de 2019 en su apartado 3.14 (páginas 57 y 58) manifiesta que *no es el momento hábil para dar una respuesta unilateral de nulidad a los medios de prueba y, por ello, rechaza la impugnación* (sic).

El problema es que nunca se dará respuesta a esa pretensión, tratándose de la **única instancia** competente para motivar la inadmisión de prueba, hecho que agrava la vulneración del derecho a la doble instancia.

En cuestiones previas esta parte mantuvo la impugnación de medios probatorios al tiempo que reiteraba la necesidad de obtener testimonio de particulares de los procedimientos donde se habían generado para demostrar fehacientemente la ilicitud de la prueba.

En la resolución de cuestiones previas (14 de febrero de 2019) no se hizo mención alguna a la impugnación de la prueba, y por ello esta defensa efectuaba protesta razonada en el escrito de 18 de febrero de 2019.

Pero finalmente ni tan siquiera en la Sentencia definitiva, tras haberlo expresado nuevamente esta defensa en informe, se hizo dicha referencia por lo que se planteó por escrito aclaración o complemento que fue denegado nuevamente sin motivación.

Resulta obvio que la omisión denunciada lo es sobre algo que *podía tener incidencia en el fallo*, en términos de la STC 35/2002.

No se ha dado respuesta, por tanto, a ninguno de los cuestionamientos de ilicitud (sobre todo respecto pruebas provenientes de la causa del JIB13) o falta de fiabilidad (afectante, por ejemplo, a todas las evidencias digitales o extraídas de equipos y sistemas informáticos) de la prueba, incongruencia omisiva relevante puesto que dichos medios de prueba han sido valorados como prueba de cargo.

6.11 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si existe una lesión paradigmática de las que cristalizan por primera vez en la Sentencia definitiva de un procedimiento penal tras el Juicio Oral es la relativa al derecho a la presunción de inocencia, garantía de extraordinaria importancia en el sistema penal democrático y elemento de protección del justiciable frente a pronunciamientos de culpabilidad cuestionables en su racionalidad o fundamentación.

Se ha dicho de la presunción de inocencia que es *verdaderamente el fundamento del proceso penal del moderno Estado de Derecho*.²¹¹

Desde una perspectiva constitucional este Excmo. Tribunal ha determinado que la lesión al derecho previsto en el artículo 24.2 CE se constatará cuando **no haya pruebas de cargo válidas**, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando **no se motive el resultado de dicha valoración**

²¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). Manual de derecho constitucional, Tecnos, 2019.

*o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente **no sea razonable el iter discursivo** que conduce de la prueba al hecho probado.*²¹²

En clave internacional el artículo 6.2 CEDH establece también dicho derecho que se relaciona con la prohibición de que el tribunal actúe con cualquier prejuicio, que la carga de la prueba es de las acusaciones y que cualquier duda debe beneficiar al acusado.²¹³ Sin la presunción de inocencia la noción de juicio justo perdería todo su significado.

Son múltiples los síntomas de la transgresión de la presunción de inocencia en la Sentencia, difícilmente abarcables y denunciables en su integridad, por lo que esta parte intentará agrupar las críticas principales a la resolución que cuestionamos en áreas temáticas que serán posteriormente desarrolladas en apartados.

A modo de índice, la crítica a la Sentencia desde el prisma del respeto a la presunción de inocencia de mis mandantes se divide en los siguientes temas:

- a) Defectos en la configuración y determinación de los hechos probados.
- b) Defectos en la argumentación relativa a la valoración probatoria.
- c) Razonamiento sesgado y prejuicios.
- d) Irracionalidad de la argumentación y efectos de la duda y contradicciones.
- e) Desnaturalización de la acusación.

Debemos empezar nuestro análisis con el apartado relativo a los Hechos declarados Probados en Sentencia.

A) DEFECTOS EN LA CONFIGURACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

La Sentencia ofrece una estructura y conexión entre sus apartados, así como un contenido extraños en el sentido de apartarse de los usos forenses en el dictado de sentencias penales de primera instancia. Significativamente el relato de Hechos Probados, como fundamento o pilar de la determinación posterior de la

²¹² Por todas, la STC 111/2008.

²¹³ Así se establece ya desde la conocida STEDH Barberà, Messegué y Jabardo c. España, de 6 de diciembre de 1988, §77.

culpabilidad, resulta **precipitado, cronológicamente desordenado, permeable a consideraciones subjetivas y predeterminaciones y parcial.**

En vez de describir los hechos probados una secuencia fáctica cronológica derivada del producto de la valoración de la prueba, se estructura en bloques temáticos y capítulos en *flashback* que parecen, contrariamente, reproducir un relato preestablecido y no fruto de una valoración de la prueba que se muestra ausente, en el sentido de no explicitada.

Este Excmo. Tribunal Constitucional ha defendido la existencia de una lesión de la presunción de inocencia *o bien por no haberse practicado prueba alguna en el juicio, por haberse obtenido las pruebas con vulneración de derechos fundamentales, o por no mediar razonamiento de cargo alguno, ser éste irrazonado o abiertamente absurdo.*²¹⁴

El razonamiento judicial debe ser, además, *exteriorizado* más allá de toda duda.²¹⁵

Uno de los principales defectos del relato fáctico es su **indeterminación**, que se traslada después a las argumentaciones de los fundamentos jurídicos de la Sentencia.

Así, el episodio del 20-S se describe vagamente como un impedimento “a la normal realización de las funciones de la comisión judicial” con una descripción de gritos, actos lúdicos, lanzamiento de objeto, etc., completamente indeterminados y no individualizados (página 45). Los “impedimentos a la atención de la orden judicial” no se describen claramente, como tampoco se determinan los “hechos similares” (página 47) que el mismo día al parecer ocurrieron en otros lugares.

Posteriormente en la Sentencia se insistirá en dicha indeterminación al establecerse que el registro no se pudo hacer “con normalidad” (página 285) incumpliendo las más mínimas exigencias de justificación de dicha conclusión en base a pruebas y razonamientos atendibles máxime cuando el encaje típico entre las distintas modalidades de ofensas al orden público requiere de una concreción sobre la gravedad de las conductas desplegadas y de los resultados

²¹⁴ STC 41/1991, de 25 de febrero.

²¹⁵ STC 129/1998, de 16 de junio, FJ4.

producidos. El Juicio Oral precisamente demostró, en base a testigos de la acusación, que el registro se condujo perfectamente para la obtención de resultados investigativos y se finalizó.

Respecto del 1-O (página 50) se describen algunas alocuciones de los acusados **sin mencionar ni al Sr. Oriol Junqueras ni al Sr. Raül Romeva** y respecto de la reunión del día 28 de septiembre (página 52) se sitúa allí al Sr. Oriol Junqueras, pero **sin decir qué dijo o qué hizo**.

Al parecer el día del referéndum (página 54) hubo enfrentamientos, sin que se expliciten. No se habla en modo alguno de en qué lugares hubo violencia, ni se habla de los lugares (los más) en los que no la hubo. Tampoco queda claro si los Mossos desistieron de intervenir por orden de sus superiores o bien por imposibilidad de hacerlo (página 55).

Dicha indeterminación de hechos es relevante puesto que los fundamentos jurídicos desarrollan sobre esa incierta base la posición del Tribunal y así al discutir sobre la supuesta “violencia” (página 267) se persiste en una total falta de concreción de hechos, sin referencia alguna a pruebas practicadas. Es realmente sorprendente como se establece que *la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada* sin que la Sentencia concrete los hechos ni especifique la prueba que lo sustenta, aparte de una total omisión de valoración de la prueba de descargo.

Más evidente es la total vaguedad de la descripción en la página 373 de la Sentencia donde se dice que *hubo actos violentos más o menos numerosos*, sin decir cuáles o, lo que es lo mismo desde el prisma de la presunción de inocencia, que ni son atribuibles a los acusados, ni se pueden vincular con su actuación o voluntad, y que fácilmente nos trasladan a las imágenes de violencia policial desahogada.

Esa es la forma en que se afronta en la Sentencia el día del referéndum. Así en las páginas 389-390 la descripción resulta estereotipada y basada en ideas preconcebidas, pues no hay otra explicación a que no se concrete en prueba alguna el razonamiento del TS.

Pero más allá de la indeterminación de los hechos, el relato fáctico y su justificación se produce con una intoxicación de **apreciaciones subjetivas** en

ocasiones con una **predeterminación del fallo** evidente y ajena a una ordinaria valoración de la prueba sin atisbo de **prejuicio**. Ello resulta evidente en muchos pasajes.

El inicio de la descripción fáctica (página 27 de la Sentencia) ya contiene una descripción teñida de elementos valorativos subjetivísimos. Se dice que los acusados querían *hacer creer a la ciudadanía* que estaban fundando una República, aunando fuerzas con las organizaciones sociales que se ponían al servicio de la *maniobra de presión política*. No se describen hechos sino intenciones, voluntades, que se interpretan de determinada forma donde **sólo deben expresarse proposiciones fácticas**.

Se sigue diciendo (página 42) que la contribución de los Jordis *resultaba decisiva*, cuando ello no es un hecho sino una valoración; o que Joaquim Forn *disimulaba (siquiera de modo inverosímil) su verdadero propósito de que la actuación de los Mossos no constituyera un riesgo para el objetivo delictivo de los coacusados*, en una descripción totalmente impropia de la atribuida a la determinación de Hechos Probados de un pleito penal.

Al coacusado Forn incluso se le califica (¡en hechos probados!) de *desleal*.

Más allá del relato fáctico, la subjetividad y apasionamiento en la explicación de lo sucedido se traslada a los fundamentos jurídicos, y de ello se deriva el uso de la expresión “tumultuario referéndum” (página 273) para describir de un plumazo un acto de votación en el que participaron libremente unos 2 millones de personas, calificación que se trasladará a las últimas páginas de la Sentencia (página 479).

La transgresión de la presunción de inocencia asoma a través de otros elementos vinculados con los hechos probados y la racionalidad de la argumentación que los sustenta. Así, la parcialidad se deriva también de la expresión en la Sentencia de **hechos superfluos o no vinculados con el objeto del procedimiento**, que demuestran una inclinación del Tribunal a razonar en perjuicio de los acusados.

Una primera muestra se produce ya en los antecedentes de hecho en los que se describe, de forma curiosa, el tratamiento protocolario dispensado a algunos de

los asistentes a las sesiones del juicio oral o bien el número de permisos extraordinarios otorgados a los acusados.

Pero más allá de dichos detalles, en los hechos probados y razonamientos se consignan elementos estrambóticos, como la referencia (página 49) a una concentración de individuos desconocidos ante una comisaría, que ni se vincula con los acusados ni se desarrolla en la Sentencia porque no tiene relevancia alguna al juicio de tipicidad, ni al de autoría ni culpabilidad.

El propio Tribunal reconoce su preocupación por hechos irrelevantes, que se describen con una finalidad exclusivamente estigmatizante, como el cargo en la ANC atribuido a la acusada Forcadell (página 317) que después de apuntado lleva al tribunal a reubicarse o *centrarse en los hechos que hemos concretado como típicos*.

Aún más curiosa es la descripción de los “incidentes de Badalona” (página 390) que el propio TS reputa irrelevantes para el objeto del procedimiento, pero no cesa en explicar cuando analiza la culpabilidad del acusado Sr. Cuixart.

La Sentencia, recoge, pues “aderezos” al juicio de culpabilidad y, por ende, extraños a cualquier razonamiento al uso.

También, en este apartado focalizado en los Hechos probados, no podemos dejar de advertir como se consignan **hechos ajenos a cualquier actividad probatoria**, fruto de un evidente prejuicio. En la página 43 se describe como los Jordis eran *la vanguardia para la movilización ciudadana* siempre en *estrecho contacto* con los políticos, cuando no hay dato alguno en la causa ni prueba practicada en Juicio Oral que pueda haber llevado a dicha predeterminada conclusión.

También aparecen conclusiones sobre la supuesta retirada de la policía el día 1 de octubre de 2017 (página 55 de la Sentencia). Así el Tribunal explica que, *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 irremediamente forzadas a declinar el propósito inicial*. Ni se dijo en Juicio ni se probó quién dio esa supuesta orden ni ninguna defensa puede defenderse de una afirmación surgida “de la nada” probatoria.

No puede obligarse a la defensa a tener que asumir la carga de la prueba de su inocencia o a afrontar un razonamiento que no pueda combatirse con un mínimo de posibilidades de éxito.²¹⁶

Finalmente, y en cuanto al presente apartado vinculado estrechamente con la determinación y contenido del relato fáctico de la Sentencia, conviene destacar también las importantes **omisiones de hechos** imposibles de justificar atendido el desarrollo del proceso y del Juicio Oral.

Con respecto al Auto del TSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2017 (página 52), cuya irregularidad hemos analizado en el apartado anterior, no se da trascendencia a la **limitación o restricción de las medidas de intervención** “sin afectar a la normal convivencia ciudadana” que es en definitiva el criterio limitador de la intervención de los agentes de policía, singularmente relacionado con el principio de proporcionalidad de cualquier limitación de derechos establecida por la jurisprudencia del TEDH. Se olvida la Sentencia, también, de la Instrucción del Secretario de Estado de Seguridad priorizando la **protección de la convivencia** por encima del objetivo táctico de la intervención policial.

En la página 53 se obvia cualquier referencia a los criterios de actuación policial internacionalmente aceptados y no se da importancia alguna a la preservación de la “convivencia”. Se esquivo cualquier debate sobre la **legitimidad de la actuación policial**, eje central de la mayor parte de la prueba admitida por el propio Tribunal como pertinente, cuando la actuación de disolución por la fuerza del referéndum fue un acto netamente desproporcionado y, por ende, ilegal.

Esa evitación del **debate crucial sobre el contenido del mandato judicial** y su implementación se ve claramente en la página 370 de la Sentencia: no se habla de la instrucción del Secretario de Seguridad, no se habla de la reunión con la magistrada en la que ésta pidió “prudencia”, no se habla de que el Sr. Pérez de los Cobos no tuvo en cuenta la proporcionalidad ni contención, etc.

La intervención de la policía el 1 de octubre de 2017 era imprevisible en el grado de violencia en que sucedió porque era contraria al Auto de 27 de septiembre de 2017, contraria a la Instrucción del Secretario de Seguridad, contraria al ámbito de protección de los derechos de reunión, manifestación y expresión y, por tanto,

²¹⁶ STEDH Frumkin c. Rusia, cit., §166.

era imposible que alguien pensara que una votación pacífica animada por una ciudadanía gozosa de votar sería violentamente reprimida.

El día del referéndum la gente fue a votar con niños, en centros escolares, con gente mayor, ilusionada, de modo festivo y pacífico **sin que existiera en esa movilización de más de 2 millones de personas ni un solo mensaje de incitación a la violencia u odio**, hecho revelador de la ausencia de dicha intención en la población movilizada, aunada en el esfuerzo de expresar su opinión político con el voto.

La Sentencia no quiere entrar en dicho debate puesto que necesita fijar como petición de principio la legitimidad de la actuación policial claramente desproporcionada para construir sobre la base de su supuesta previsibilidad la imputación objetiva y subjetiva del delito de sedición.

Pero el Tribunal Constitucional debe afrontar la realidad de que las movilizaciones que configuran el sustrato fáctico de la Sentencia **están desconectadas de cualquier intención violenta**.

El Tribunal Supremo, en definitiva, evita entrar en el debate de todo aquello que las defensas plantearon como elementos de relevancia y descargo, como la absurdidad del elemento que llevó y mantuvo a todos los acusados en prisión provisional y justificó la carga inculpativa durante todo el proceso, a saber, el famoso documentos EnfoCats.

Tampoco se analiza debidamente que los detenidos del 20-S habían renunciado a estar presentes en los registros, ni se relata por qué era inviable su conducción al lugar de los hechos, ni porqué los abogados de los detenidos ni tan siquiera fueron citados para la diligencia (página 375), hecho que contraviene el artículo 17.3 CE.

Los hechos probados son un relato predeterminado, desconectado de la prueba practicada en juicio, orientado a justificar la culpabilidad, teñido de subjetividad y ajeno a los elementos de discusión proporcionados por las defensas.

B) DEFECTOS EN LA ARGUMENTACIÓN RELATIVA A LA VALORACIÓN PROBATORIA

Independientemente de las críticas, vetadas por mor de la instancia única, a la valoración probatoria, la presunción de inocencia abarca también la protección frente a la valoración irracional, la no explicitada, la que se sustenta en prueba ilegal, así como toda aquella crítica a la exteriorización del razonamiento del Tribunal sobre la prueba que suponga la exclusión de las reglas del derecho alegado.

Nuestra crítica no es, por tanto, sobre la valoración concreta o no de un medio probatorio sino sobre la evidencia de la ausencia total de una explícita valoración probatoria, vicio de gravedad en un procedimiento en el que el TS defiende la regularidad de su actuación precisamente con relación a la existencia de una “extensa prueba” supuestamente vinculada a la protección de los derechos de las defensas.

La Sentencia, en tal sentido, es decepcionante, en primer lugar porque **no existe valoración de la prueba** o no se explicita de forma acorde con la técnica forense de confección de una resolución penal definitiva que debe fundar la culpabilidad en la existencia de unos hechos vinculados a la convicción derivada del análisis de la prueba.

Hay ejemplos flagrantes de lo que decimos puesto que el TS **no efectúa un mínimo esfuerzo de identificación y explicación de la prueba**. Así en la página 166 de la Sentencia se dice que el Tribunal *ha tomado en consideración el testimonio de los agentes y ha valorado también la declaración de los ciudadanos* o que *ha visto los vídeos grabados*, pero ni identifica quienes ni cuales, ni se describe en ningún lugar las fuentes de prueba atendidas para configurar el relato y discutir las posiciones de las partes.

En la página 168 se prosigue del mismo modo pues el Tribunal proporciona un análisis superficial de una escueta selección de testigos para imponer su versión de los hechos, demostrando que resulta irrelevante buscar la verdad material mediante la confrontación de vídeos y testigos.

No sólo hablamos aquí de presunción de inocencia sino también de una indefensión absoluta puesto que la defensa se enfrenta a una resolución de

culpabilidad, por delitos y con penas gravísimas, que describe una visión de la realidad apartada de razonamientos vinculados a la prueba. La prueba de cargo **no se valora** debidamente **ni se identifica** (salvo contadas excepciones), ni se valora la prueba de **descargo**, ni se **reseñan documentos** (de la ingente cantidad de material de la causa).

La impresión es que la Sentencia **describe una “percepción” de la prueba** que confirma un inicial prejuicio, más que efectúa un análisis razonado.

No solamente se obvia un análisis explícito de la prueba, sino que la Sentencia **no vincula las fuentes de prueba con las conclusiones** que adopta y los hechos que da por probados.

En la página 271 se dice que los acusados “habían llamado” a la ciudadanía, pero no se vincula dicha conclusión con ningún elemento de prueba. Más evidente es aún la indeterminación de la página 347 donde se dice que la convicción probatoria se deriva de las declaraciones de los propios acusados y el “amplio fondo documental”, sin explicitar qué documentos.

Se resaltan muy pocas fuentes de prueba testifical identificadas (página 363) y se recurre a la testifical “a bulto” (página 365) sin identificar.

En el capítulo de análisis probatorio las **omisiones** también son relevantes, puesto que no se justifica la desatención de medios de prueba pertinentes, ni se razona sobre la **impugnación de medios de prueba** o la existencia de dudas relevantes en la valoración probatoria.

Ni una línea se dedica a comentar la pericial médica aportada por esta defensa que desacreditaba la existencia de cualquier lesión vinculada con los hechos del 1-O.

Ni tampoco se establece consecuencia alguna de la **desconexión entre el actuar del Sr. Raúl Romeva y los hechos del 20 de septiembre de 2017** (estaba en Madrid y no en Barcelona), cuando dichos hechos fundamentan el reproche penal.

Se da por buena prueba impugnada o cuestionada en su fiabilidad como la prueba digital²¹⁷, y se descarta formalmente la valoración de los atestados (página 156) pese a que sus datos se introducen a través de la participación de los agentes, sin precisar qué concretos testigos dan lugar a qué concretas inferencias y probanzas. Se describen documentos que avalarían la existencia de webs cuando los documentos no se refieren a dichos nombres de dominio (página 192 y 339) ni de ellos se infieren las conclusiones aportadas.

El examen de la actuación de los Mossos se hace (página 371) a partir de la referencia a la “prueba testifical”, sin hacer mención de cuál.

En conclusión, es la defensa la que tiene que deducir qué medios de prueba han sido valorados por el Tribunal, con evidente violación del derecho al juicio justo.

C) RAZONAMIENTO SESGADO Y PREJUICIOS

La falta de parcialidad como motivo independiente de cuestionamiento del respeto al juicio justo no impide una valoración, en sede de presunción de inocencia, de aquellos datos que denotan que el Tribunal ha tomado en consideración para el juicio de culpabilidad ideas preconcebidas, sesgadas y teñidas de subjetividad. Ello es perfectamente visible del uso y reiteración de argumentos falaces (falacia en sentido técnico), comentarios políticos, hipérboles, razonamientos en pendiente resbaladizo, etc.

La primera muestra de la contaminación de la valoración probatorio y del argumentario de la Sentencia se encuentra en la **politización** del discurso de dicha resolución. El último párrafo (página 61) de los Hechos Probados es muestra de ello, pieza genuina de análisis político sesgado, redactado de forma impropia y novelada y extraña a cualquier uso forense. Se dice que *Bajo el imaginario derecho de autodeterminación se agazapaba el deseo de los líderes políticos y asociativos de presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular. Los ilusionados ciudadanos que creían que un resultado positivo del llamado referéndum de autodeterminación conduciría al ansiado horizonte de una república soberana, desconocían que*

²¹⁷ Esta defensa había impugnado prueba digital, sin embargo, en la página 43 de la Sentencia se da por buena acríticamente la remisión de mensajes de móvil cuando no se ha practicado ningún tipo de prueba sobre esa realidad, ni consta aportada pericial técnica sobre la obtención y análisis de la evidencia.

el “derecho a decidir” había mutado y se había convertido en un atípico “derecho a presionar”.

Dicho párrafo presenta otra nota criticable, la del **victimismo** o posicionamiento del propio Tribunal como víctima de los hechos: *Los ciudadanos fueron movilizadas para demostrar que los Jueces en Cataluña habían perdido su capacidad jurisdiccional y fueron, además, expuestos a la compulsión personal mediante la que el ordenamiento jurídico garantiza la ejecución de las decisiones judiciales.*

Cumple destacar que en dicho párrafo no se dice qué compulsión personal sería esa.

El proyecto político de los acusados se califica de *antidemocrático por destrozarse las bases de un modelo constitucional para construir una república identitaria en la que el pluralismo ideológico y político no están garantizados* (página 215).

Puede que una de las tomas de posición más inmerecidas en la Sentencia es la que transmuta la idea de negociación política en acto criminal.

Así, se describe la voluntad de “negociar” como un sacrificio de la unidad constitucional (página 199), como una ilegítima táctica de “presión política” (página 272), que en otros lugares se torna en “persuasión” (página 274).

El Tribunal opina (página 314) que resulta absurdo *dejar en suspenso el nacimiento del nuevo Estado e iniciar un diálogo político sobre cómo independizarse*, pero no es tarea del tribunal opinar sobre política, ni mucho menos criticar una apelación al diálogo que forma parte de los principios democráticos que el propio TEDH defiende en su jurisprudencia.

El Tribunal se posiciona como parte al situarse como poder atacado por los acusados, personalizando la valoración de la prueba en la figura del “poder judicial” más allá de la desatención de una u otra resolución.

En la Sentencia (página 379) se concreta el ánimo de los acusados en la voluntad de *demostrar a toda la sociedad en pleno y acreditado concierto con los responsables gubernamentales, que los Jueces y Magistrados que ejercían su función constitucional en Cataluña, habían perdido la capacidad para ejecutar sus resoluciones.*

El delito se vincula, por tanto, a la oposición a “los jueces”, idea que se repite (páginas 384 y 385) y con la que se cierra la Sentencia misma (página 481) al establecer *La elaboración de un cuadro normativo, con aparente valor constitucional, llamado a dar cobertura a un referéndum suspendido por el TC y a una movilización ciudadana dirigida a hacer visible la pérdida de capacidad jurisdiccional de los órganos judiciales radicados en Cataluña (...) la pérdida de potestad jurisdiccional de los Jueces de Cataluña.*

La argumentación de la Sentencia es lo contrario de un ejercicio neutral y desapasionado de los hechos, que incurre en **exageraciones** y argumentos contrarios a toda lógica.

Las muestras del uso de la falacia del pendiente resbaladizo o de la más que evidente hipérbole son constantes en la Sentencia.

En la página 43 (incluso dentro del relato de Hechos probados) se dice que *la ausencia de violencia en convocatorias multitudinarias añadía una seña de identidad que reforzaba, si cabe, su capacidad de convocatoria.* Es decir, que el pacifismo de los acusados refuerza la gravedad de los hechos.

En la página 214 se expresa que *La búsqueda de una cobertura normativa a ese desafío, lejos de aliviar su gravedad la intensifica, en la medida en que transmite a la ciudadanía la falsa creencia de que el ordenamiento jurídico respalda la viabilidad de una pretensión inalcanzable.* Es decir, que una actuación pública y parlamentaria agrava el reproche penal frente a un actuar oculto.

En la página 232 se dice que *El voto no tiene un efecto sanador de la ilegalidad de una desobediencia. Antes al contrario, profundiza e intensifica su significado antijurídico.* Se llega a decir, como vemos, que votar agrava la conducta de desobediencia, incluso ante la evidencia de que se despenalizó el delito de referéndum ilegal.

Así, la forma de razonar bordea argumentos apocalípticos. Se dice en la página 396 que la actuación de los acusados llevaría a *hacer inviable toda convivencia.*

Y las hipérboles, muestra del sesgo, son evidentes: la *demolición de los cimientos del pacto constituyente* (página 214); el *caos* o el *suicidio del Estado de derecho, su autodestrucción* (391). Y aún más contundentes son las conclusiones que arroja la Sentencia sobre la defensa de la desobediencia civil

o determinadas formas de protesta: *Si se partiese de otra base bastaría con identificar un móvil político o de protesta para justificar cualquier conducta antijurídica, incluidos, por ejemplo, el homicidio o el secuestro realizado por profundas convicciones* (página 395).

D) IRRACIONALIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN Y EFECTOS DE LA DUDA Y CONTRADICCIONES

La Sentencia atenta contra el derecho a la presunción de inocencia, también, a través de la presentación de un discurso argumentativo inválido en el que abundan inferencias irracionales en la determinación de la labor de fijación del a imputación objetiva y subjetiva, la autoría, y mediante la utilización de argumentos contradictorios e irrazonables.

Es por tanto también el ejercicio de argumentación lógica el que adolece de vicios de congruencia y validez, tornando la resolución en un producto desconectado de los hechos y las evidencias.²¹⁸

En un primer aspecto la irracionalidad se proyecta sobre el **juicio de intenciones** atribuido a los acusados y las ideas de actuación intencionada y concertada.

En la página 37 se dice que el concierto criminal se formalizó en marzo de 2015 con la hoja de ruta unitaria de los partidos y entidades, analizando hechos sobre los que no ha existido propiamente una discusión seria en el plenario. Pero ello es en todo caso absurdo porque la convergencia de intereses políticos no determina un concierto criminal para la ejecución de actos sucedidos dos años después. Se habla de las elecciones plebiscitarias para situarlas dentro del espacio de criminalización, cuando fueron validadas y tuteladas por las autoridades electorales.

En la página 46 se declara Hecho Probado que Jordi Sánchez *hasta tal punto ejercía el control sobre la masa*, en un salto lógico inexplicable y no explicado, más allá de lo inconveniente de trufar el relato fáctico de valoraciones.

Donde mayores problemas encuentra la conservación de la vigencia del derecho a la presunción de inocencia es en todas aquellas afirmaciones de la Sentencia

²¹⁸ Los tribunales nacionales deben razonar suficientemente sus pronunciamientos de culpabilidad según la STEDH Ajdarić c. Croacia, de 13 de diciembre de 2011, §51.

relativas al **juicio de autoría** o inferencias relacionadas con la configuración legal de la actuación de los acusados. Los ejemplos son múltiples.

Se dice en la página 48 (Hechos Probados) que *los acusados Sres. Junqueras, Turull, Rull, Romeva, Forn, Sánchez y Cuixart y las Sras. Bassa y Forcadell, expresaron por los medios sociales mensajes de solidaridad, afecto y compromiso y expresiones de agradecimiento, animando a la participación activa en el referéndum declarado ilegal, y estimulando la presencia masiva de ciudadanos en las urnas, pese a conocer que las Fuerzas de Seguridad del Estado habían recibido la encomienda específica del TSJ Cataluña de impedir su celebración.*

La Sentencia omite cualquier relación temporal entre los supuestos mensajes (que no se concretan ni identifican) y el conocimiento de la orden del TSJ de Cataluña. Huelga decir que **la definición de la imputación que se torna en condena es la de la “estimulación”** con “mensajes de apoyo”.

En la página 48 se concreta la intervención de los Sres. Junqueras y Romeva y su “control del hecho” en la emisión de un mensaje a los estudiantes hablando de “democracia y orgullo” así como la invitación de Romeva efectuada a parlamentarios extranjeros (que, huelga decir, no se concreta posteriormente en la Sentencia qué ilegalidad supone).

En la página 246 se describe la actuación del Sr. Junqueras el 20-S en un razonamiento rarísimo que parece exculparle de cualquier responsabilidad cuando se dice *Ninguno de los ciudadanos que asistieron a las manifestaciones que se describen en el juicio histórico ha resultado acusado por ese hecho. Tampoco los acusados Sr. Junqueras y Sra. Forcadell (que reforzaron con su presencia la reivindicación que animaba la protesta ante la sede de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y el TSJ), ni los Sres. Cuixart y Sánchez (que desarrollaron un especial protagonismo en esos encuentros) han sido acusados de un delito de reunión o manifestación ilícita. No se han criminalizado, por tanto, actos de protesta.*

La descripción carece de cualquier contenido de reproche más allá de su ambigüedad.

En la página 247 se contiene el núcleo supuestamente del reproche penal cuando se sostiene que *La estrategia desplegada que, en buena medida, fue **estimulada** y alentada con entusiasmo y un innegable poder convictivo y movilizador por los acusados 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.*

Nuevamente el núcleo de la conducta (acción) delictiva, merecedora de un reproche de hasta 15 años de prisión, es la “estimulación” de la protesta o manifestación ciudadana, en una ambigüedad y vaguedad incompatibles con la presunción de inocencia y claramente incompatibles con la protección de los más básicos derechos civiles y políticos en democracia.

En la página 299 de la Sentencia se describe, sin decirlo el TS, una suerte de imputación en comisión por omisión pues *En cuanto a los acusados miembros del Govern la actividad penalmente típica (derogación de hecho de leyes vigentes y válidas a sustituir por no válidas y la movilización de ciudadanos para comportamientos tumultuarios obstativos de la ejecución de órdenes jurisdiccionales) les es objetivamente imputable como colectivo, en cuanto garantes de la indemnidad del bien jurídico protegido por el delito de sedición.*

El salto argumental es impresionante, situándonos el TS ante una situación de posición de garante genérica sin razonamiento sobre las posibilidades de afectación o de control del resultado (de lesión o de peligro) y todo ello más allá de los problemas relativos a la “accesoriedad limitada” ya apuntados en sede de legalidad.

En la página 300 de la Sentencia se establece que, *Pese al carácter **genérico** de tales competencias, éstas confieren normativamente, y no solo como poder sino también como deber, un efectivo control del real cumplimiento de lo ordenado en su ejercicio. De otra suerte devendrían ineficaces. Aquella responsabilidad directiva, impone una obligación de vigilancia dirigida a garantizar que las fuerzas de seguridad dependientes garanticen el cumplimiento de la función de Policía Judicial y, **en general**, de orden público o mera seguridad ciudadana. Es decir, el debido cumplimiento de los requerimientos judiciales. Mucho más, si cabe, a **conjurar todo riesgo** de obstrucción a tal cumplimiento.*

Se configura así la posición de garante como un deber absoluto de control de la legalidad, difícilmente compatible con la estructura de la comisión por omisión en el sentido de “equivalencia” con la causación activa del resultado. En definitiva, la Sentencia culpa por sedición el hecho de “no cumplir la ley”.

Curiosamente no hay descenso al detalle ni se efectúa ningún razonamiento concreto cuanto a la imputación de los Sres. Junqueras o Romeva.

En la página 301 de la Sentencia curiosamente no se habla explícitamente de ninguna categoría dogmática ni se efectúa ninguna referencia legal (como la del artículo 11 CP). La Sentencia implícitamente renuncia a describir dogmáticamente el título de imputación que discurre entre la comisión por omisión, la autoría mediata o el “autor tras el autor”. La lectura de la Sentencia no despeja tales dudas, ni la defensa puede entender debidamente el razonamiento.

Se habla también de la “generación del riesgo de lesión el bien jurídico” en un salto lógico que queda anclado en la más simple *conditio sine qua non*.

Más explícita, pero infundamentada, es la conclusión del punto b) de la página 301: *en el caso aquí enjuiciado, además de que al respecto precedieron contundentes informes técnicos de los responsables policiales, los comportamientos lesivos para el orden público eran de previsibilidad adecuada a la falta de una estrategia mínimamente prudente para evitarlos. Y no cabe decir que ello estaba fuera del alcance del aparato policial disponible por la administración de la que el acusado Sr. Forn era titular.*

Dichas valientes conclusiones ni tienen cimientos en la prueba ni se argumenta el juicio de inferencia que los sustenta. Las conclusiones son, en realidad, suposiciones, que olvidan el rechazo absoluto a la pericial de defensa (pericial técnica de policía de Sir Hugh Odre), se basan en incidentes que no se describen en hechos probados ni se relacionan con pruebas, en una ambigüedad intolerable desde el prisma del juicio justo.

El razonamiento es una petición de principio que se resume en “los acusados son responsables de todo lo que pase porque son la autoridad política del territorio” cuando dichas autoridades nunca han promocionado ni promovido los actos que supuestamente se producen y fundamentan el tipo penal aplicado.

En la página 349 de la Sentencia se sigue diciendo que *la autoría del delito no viene dada solo por la materialización efectiva del alzamiento, sino por la realización de conductas que propicien, posibiliten o determinen la realización de actos de alzamiento. El análisis de la autoría se condiciona a un “estar”, consciente y voluntario, en el alzamiento que suponga impedir, fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o la correcta actuación de las autoridades, funcionarios públicos o corporaciones oficiales mediante decisiones ejecutivas que enmarcan el alzamiento.*

La aplicación de la analogía o la **interpretación extensiva prohibida** se hace aquí evidente, más allá de la desconexión de cualquier argumentación válida enraizada en la prueba y sin atisbo de duda favorable a los acusados.

Y para acabar en el presente análisis la página 399 de la Sentencia efectúa un razonamiento contradictorio. Se dice que *Interesa remarcar que escapan a nuestro ámbito de enjuiciamiento aquellos otros incidentes protagonizados por ciudadanos que insultaron o vejaron a esos agentes con escupitajos, expresiones despectivas, gritos infamantes, e incluso palabras amenazantes, sin que faltaran abiertas agresiones que sobrepasaron los contornos de la resistencia pasiva, incluso en la más indulgente de las concepciones, erigiéndose en simples actos de agresión.*

Se ofrece en dicho párrafo una desconexión entre la actuación de los votantes y la de los acusados que resulta evidentemente relevante para defender la imposibilidad de construir la tesis de la sedición.

Y es que la **configuración legal de los delitos y de su estructura** es en el razonamiento de la Sentencia, irracional y ello se demuestra de la mera lectura de la resolución. Uno de los elementos más llamativos es el recurso omnipresente y preeminente a la idea del “desafío normativo” que en realidad es un sinónimo de la tesis que presentó la Fiscalía el primer día de incoación del procedimiento ante el TS, esto es, la configuración de una rebelión o sedición “posmoderna” o “actualizada” (por tanto, contraria a derechos fundamentales) que basculaba sobre la idea de la “violencia normativa” o el “golpe de estado normativo”.

De dicha legalidad paralela como elemento crucial (aunque técnicamente ajeno al tipo penal) hay muestras en la página 25 donde se llega a decir que la ley de transitoriedad declaraba abolida la monarquía (se desconoce de qué forma podía hacerlo).

Dicha “violencia normativa” o “legalidad paralela” se erige en el elemento (extrapenal a todas luces) más relevante en el razonamiento del Tribunal, en las páginas 32 a 37 (transgresión normativa), 241 (actos encaminados a servir de instrumento para un cambio normativo), 286 (intento de derogación de la legislación válida vigente), 347 (alumbrar una legalidad paralela).

Pero lo más sorprendente es que dicho elemento se erija en clave del reproche penal cuando la propia Sentencia, de forma contradictoria, describe una **realidad diametralmente opuesta** a dicha tesis de antijuridicidad material. Y es que la Sentencia no puede dejar de reconocer que dicha “legalidad paralela” e incluso cualquier actuación parlamentaria de los acusados “no tenía efecto alguno”. El principio *in dubio pro reo* aparece, por tanto, como una fórmula de obligada atención ante la configuración explícita de elementos contradictorios que afloran del propio razonamiento del TS.²¹⁹

Se habla repetidamente de ineficacia, irrelevancia, simbolismo, etc.

En los propios Hechos Probados (página 31) se inicia ya el cuestionamiento de la afectación real e irrelevancia de la actuación de los acusados. Se habla de que la Declaración de Independencia *no llegó a tener concreción práctica alguna* y que era *simbólica e ineficaz*. En la página 360 se dirá de ella que era *fantasiosa*.

En la página 217 se habla de una mera *escenificación*; en la página 241 de la *manifiesta insuficiencia* de los cambios legislativos instados por los acusados; en la página 269 se habla de la *absoluta insuficiencia* de los actos llevados a cabo para los objetivos políticos de los acusados; y en la página 270 la redacción es suficientemente explícita: ***Bastó una decisión del TC para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del BOE que publicaban la aplicación del***

²¹⁹ El principio *in dubio pro reo* es una manifestación del derecho a la presunción de inocencia en términos de la STEDH Tsalkitzis c. Grecia nº2, de 19 de octubre de 2017, §60; de la misma manera que así se enuncia por el Tribunal Constitucional, por todas, la STC 138/92.

*artículo 155 de la CE a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Este hecho determinó a algunos de los procesados a emprender repentina huida (...) **desistieron incondicionalmente de la aventura** que habían emprendido. Es más, desde el primer momento se aplicaron con normalidad las previsiones de aquella norma.*

Según el TS (página 271 de la Sentencia) todo era una *ensoñación*. Y la legalidad paralela *perdió su eficacia en el instante mismo de su publicación* (página 273) puesto que *carecía de validez* (página 316) pues estaba *afectada estructuralmente en su validez* (página 350). El nuevo Estado sólo existía *en el imaginario de sus promotores* (página 273) y el referéndum era una *consulta manifiestamente inviable* (página 358).

Pero las contradicciones se proyectan más allá de las apuntadas manifestaciones sobre irrelevancia de los hechos. Afectan, por ejemplo, al elemento de la violencia (u hostilidad en el sentido típicamente vinculado a la sedición) y obligan al análisis sobre la existencia de dudas en la interpretación y relevancia penal de los hechos.

La duda sobre la voluntad e intención de los acusados en lo que respecta al elemento de la violencia u hostilidad aparece claramente en la página 243: *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.** 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.*

La apreciación del Tribunal es explícita: los acusados repudian la violencia y sus convicciones no la aceptan y los hechos suponen un desbordamiento de sus intenciones (actos no imputables subjetivamente).

Y el convencimiento sobre la pacífica voluntad de los acusados se refleja en otros pasajes de la Sentencia. Se dice en la página 381 de la Sentencia que *Esos mensajes eran reflejo fiel de la voluntad, compartida por los coacusados del delito de sedición, de hacer todo lo posible (con el límite -no se negará- de agresiones violentas, a salvo las previsibles pero no evitables que pudiesen protagonizar elementos no disciplinados-), para impedir a las FCS, tanto autonómicos como estatales, desarrollar la actuación que les había sido judicialmente ordenada.*

El único elemento apuntado como “violento” en los hechos del 20 de septiembre de 2017 desaparece en la Sentencia y así en su página 384 se dice que los vehículos “devastados” *no están relacionados con la responsabilidad (que nadie le ha atribuido) del destrozo de los coches oficiales de la Guardia Civil.* Yerra el TS al decir que “nadie había atribuido a los acusados” dichos daños puesto que eran el núcleo de la tesis de la movilización violenta.

En la Sentencia los hechos del 20 de septiembre de 2017 se tornan en una movilización no-violenta (página 388) cuando se dice *pese a reivindicar el pacifismo de la movilización (que la Sala no pone en duda), apeló también a la determinación mostrada en la guerra civil.*

Dudas y contradicciones aparecen también mediante la aceptación de la existencia de cursos causales alternativos y dominio del hecho por terceros. Así en la página 367 se vinculan específicamente los altercados con la “izquierda radical” que *se activaría y, para facilitar la votación ese día, llevaría a cabo aseguramientos de puntos de votación, ocupándolos desde días antes del 1 de octubre.* Son “otros” entonces y no los acusados.

Y es que resulta que al final los actos de oposición o resistencia a la orden judicial son ajenos a los acusados y así se dice en la página 389 de la Sentencia respecto del referéndum y la ocupación de los colegios: *no fue iniciativa directa de ninguno de los aquí acusados. Podemos admitir también que la organización y el apoyo al movimiento “Escoles Obertes” no fueron directamente ideados por los acusados.* El reproche se vincula entonces a las labores de “estimulación” pero lo paradójico es que la Sentencia descarta la participación de los acusados en algunos actos, pero les condena a 13 y 12 años de prisión.

Todo lo que aquí se ha dicho supone, por tanto, una total transgresión de los principios del proceso penal en cuanto obligan al establecimiento de las bases sobre las que se funda la condena, vinculadas racionalmente a la valoración de la prueba que sustenta el hecho típico, descartando la existencia de dudas o contradicciones y explicitando dicho razonamiento de forma que sea comprensible y se explique en términos de protección del derecho a conocer la fundamentación de cualquier decisión judicial de condena.

E) DESNATURALIZACIÓN DE LA ACUSACIÓN

La Sentencia, en definitiva, **desnaturaliza completamente el debate y lo transforma para configurar un delito sobre la base del ejercicio de derechos fundamentales.**

Es por eso que se abandona completamente la perspectiva de Orden Público y se traslada el debate a otros terrenos, siendo muestra la página 218 de la Sentencia: *El consenso constitucional puede redefinirse. Pero no puede destruirse unilateralmente. Y menos de la forma en que concibieron los procesados, a través de una movilización de entusiastas ciudadanos que creían tener a su favor la cobertura jurídica necesaria para la construcción de una nueva república.*

La protección del sistema constitucional se confunde con el orden público y la participación ciudadana se confunde con la movilización y la movilización con el tumulto: *De lo que se trataba era de hacer posible un referéndum que condujera, con la ayuda de la movilización ciudadana, a destruir las bases fijadas por el poder constituyente* (página 226).

Los hechos, según la Sentencia, fueron *un ataque concertado a las bases constitucionales del sistema* (página 248). Se abandona la perspectiva de orden público para trasladar el debate al tema constitucional, cuando la propia Sentencia admite que la Constitución Española nunca estuvo en peligro.

Y en lo que atañe a la defensa de una ideología política legal la Sentencia concluye que sólo se puede defender la secesión en los libros y tertulias puesto que (página 269) *El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución.*

El tumulto de la sedición se desnaturaliza en su esencia de levantamiento hostil orientado a un fin, para transformarse en la mera **agregación de personas** que destruye las bases mismas de un sistema democrático basado en el respeto a los derechos fundamentales, incluido el de reunión, manifestación y protesta.

Se vuelve a la criminalización de los “grupos de personas” que, por ser de determinado número, constituyen un grupo *impermeable a cualquier requerimiento* (página 285), en *superioridad numérica* (página 389) o multitudinaria oposición (página 399) en abrumadora superioridad (página 400).

La estructura de razonamiento recuerda el derecho penal del enemigo o, en el caso analizado, el de “los enemigos”.

Este es el desolador escenario que presenta la versión de la Sentencia: protestar es sedición.

6.12 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SEDICIÓN

La generalizada lesión de la presunción de inocencia se traduce muy concretamente en un análisis irracional de la autoría y responsabilidad de los acusados cuando la Sentencia se dedica a afrontar la tarea de individualización de sus argumentos con relación a los Sres. Oriol Junqueras y Raül Romeva.

Dicho análisis contiene todos y cada uno de los vicios ya apuntados y que, de forma somera, se señalarán, separándose el análisis entre ambos acusados.

A) ORIOL JUNQUERAS

Resulta curioso que la Sentencia establezca la máxima responsabilidad penal respecto del Sr. Oriol Junqueras y afronte el análisis individualizado de autoría e imputación dedicándole al acusado, con relación a todos los demás, la menor extensión de argumentos (páginas 302-308).

Como resulta predecible, el análisis se inicia mediante la referencia al elemento **atípico** (por extraño y por penalmente atípico) de la “violencia normativa” (página 302) cuando se habla del *trazado de todo el proceso de construcción normativa al que el acusado atribuía fuerza jurídica*. La sedición se vincula, por tanto, al hecho de “atribuir fuerza” a unas normas jurídicas que el propio TS entiende que nacieron muertas, con lo que ello significa a efectos de **idoneidad** penal. La

Sentencia, huelga decirlo, ni de forma tangencial examina la garantía de inviolabilidad del diputado Junqueras.

La página 303 destaca el papel del acusado Sr. Junqueras: *Su destacado papel en el proceso que finalmente condujo a la inobservancia de las leyes y al contumaz desprecio a las resoluciones del TC y el TSJ Cataluña, puede también deducirse, no ya del hecho objetivo de su **preeminencia orgánica**, como vicepresidente de la Generalitat, sino del liderazgo reconocido en los testimonios de algunos de los procesados y testigos. Un **liderazgo fruto de su doble condición** de vicepresidente del Govern y presidente del partido ERC.*

La responsabilidad se vincula, por tanto, a la condición de líder político al que, parece ser, puede imputársele entonces cualquier actuación propia o ajena que sintonice con su proyecto político por más que su liderazgo se promueva siempre desde el respeto al civismo y al pacifismo.

Esa supuesta “preeminencia orgánica” y “liderazgo” aparece, además, como una petición de principio. Ni se dice ni se insinúa de qué testigos y de qué procesados se infiere dicha conclusión que debe aceptarse acriticamente. La responsabilidad **se objetiva** contra todos los principios informadores del derecho penal.

El supuesto dominio del hecho de Oriol Junqueras se describe en las páginas 303 a 308, dominio que al parecer estaría *meridianamente respaldado* aunque no se explicita la conexión lógica entre lo que se relata y ese supuesto dominio, como por ejemplo la explicación tantas veces reclamada por esta defensa sobre **cómo puede vincularse al Sr. Junqueras con los sucesos del 20-S** cuando no hizo nada.

En cualquier caso, la Sentencia describe los elementos de imputación al Sr. Junqueras y lo hace mediante la exposición de motivos que no pueden hallar un respaldo desde el prisma de la presunción de inocencia. Las razones tienen que ver con hechos irrelevantes, vinculados las más de las veces con el ejercicio de derechos fundamentales, razones que se reiteran y se mezclan sin dar sentido a una conclusión de culpabilidad.

Dichas razones son:

- 1) **Presentó la pregunta** del referéndum 9 septiembre.

2) “Intervino” en el **acto del TNC**.

Dichos elementos, más allá de la clara indefinición de esa “intervención” en un teatro, no pueden vincularse con otra cosa que no sea la libre expresión de ideas políticas.

3) Asumió competencias electorales en su departamento por lo que *su control acerca del proceso sedicioso se intensificó*.

Se afirma lo anterior cuando ni tan siquiera existía la prohibición del referéndum por el TSJ de Cataluña y también se dice que *hizo depender toda la actividad de preparación y ejecución del referéndum de una persona (sin decir quién) de alta posición en el organigrama de la Consejería y de máxima confianza del acusado Sr. Junqueras y coordinador general de toda la actividad de planificación y organización del referéndum que se pretendía celebrar*. Resultan sorprendentes tales informaciones que no se vinculan con prueba alguna ni consta practicada prueba en tal sentido en el Juicio Oral.

4) *Promovió y participó activamente en la **aprobación** de la ley 19/17.*

5) **Firmó el decreto de referéndum y normas complementarias.**

Se insiste en la aprobación de normas (inválidas en su origen según el TS y objeto de inmediato destierro del ordenamiento por el TC) como elementos de autoría y culpabilidad.

6) “**Reclamó**” la cesión de los centros de votación.

7) Respecto del 20 de septiembre de 2017 la descripción es sorprendente: *El acusado, que **conoció las difíciles circunstancias** en que estaba practicándose la diligencia judicial, **rehusó dirigirse** a los concentrados para que desistieran de su actitud. En su declaración en juicio aclaró que nadie le había comunicado que allí se estaba practicando un registro judicial y que el ambiente era absolutamente festivo.*

8) Se habla de la reunión con Mossos de 28 de septiembre de 2017 en la que informaron al Govern del *importante riesgo para la seguridad que podía derivarse de la constatada presencia de **colectivos radicales** y de la **movilización** de una cifra de personas próxima a los dos millones. La alta probabilidad de enfrentamientos con las fuerzas policiales*

encargadas de cumplir el mandato judicial hacía aconsejable (a juicio de los mandos policiales) la suspensión de la votación prevista para el día 1 de octubre.

Resulta curiosa la valoración de la prueba de los agentes de Mossos, materialmente coacusados en otros procedimientos, de los que no se razona el porqué de atender a su testimonio en ausencia de cualquier otra prueba. Se dice que *la respuesta del acusado Sr. Junqueras, de incuestionable legitimidad como expresión de su estrategia defensiva, no tiene la fuerza de convicción necesaria para neutralizar el valor probatorio de la declaración de los altos mandos policiales, cuyos testimonios fueron contestes en lo esencial. Y tampoco puede disimular el mensaje reiterado y conscientemente enviado a la ciudadanía: defender el referéndum, defender las urnas, resistencia y oposición a los requerimientos policiales.* Resulta imposible determinar de dónde sale dicha inferencia y cuáles fueron esos reiterados y conscientes mensajes que no se identifican.

El redactado incluye, sin embargo, dos ideas importantes: la independencia del riesgo vinculado a la actuación de “grupúsculos”, así como la vinculación del supuesto riesgo (perfectamente limitado a juicio de esta parte al consustancial a cualquier manifestación de protesta ciudadana legal) al mero dato del “número” de manifestantes.

9) **Comunicó** al Parlament el resultado del referéndum.

El análisis conjunto de los 9 puntos reseñados ofrece una conclusión muy simple que no necesita de adornos: la responsabilidad penal del Sr. Oriol Junqueras se basa simple y llanamente, en la Sentencia, en que **dejó que se hiciera un referéndum.**

Ese razonamiento destruye las bases y la esencia de una protección efectiva de acuerdo con los artículos 6 y 7 CEDH.

B) RAÜL ROMEVA

La responsabilidad penal del Sr. Romeva se basa en razones inasumibles desde el prisma de la presunción de inocencia. El tema relativo al acusado Romeva se introduce de forma muy expresiva (páginas 308 a 315 de la Sentencia): su autoría tiene relación, al parecer, con su responsabilidad de **difusión**

internacional del proceso político, cosa que se compadece muy poco con la afirmación contenida en la misma Sentencia (página 330) según la cual *pronunciarse públicamente a favor de la emancipación política de cualquier comunidad autónoma no es delito*.

Raül Romeva es acreedor de una pena de prisión de 12 años por haber “difundido ideas” y la Sentencia así lo expresa de forma clara y sin autocrítica. Las razones para condenar son:

- 1) “Participó” en la **presentación** de la pregunta del referéndum.
- 2) **Firmó** el decreto de convocatoria.
- 3) “**Adoptó**” el acuerdo de Govern sobre los gastos.

El recurso a la falacia de la “pista falsa”²²⁰ es aquí evidente pues es la misma Sentencia la que explicita el carácter simbólico de ese acuerdo (en su página 472 se califica el Acuerdo como un *meramente simbólico y solidario “todos a una”*) que se encuentra desvinculado de la estructura típica del delito de sedición.

- 4) **Firmó una carta** al Parlament sobre los resultados.
- 5) “**Estuvo presente**” cuando se enseñaron las urnas.
- 6) *Desempeñó un papel fundamental en la acción exterior en favor del proceso de autodeterminación.*

Definir no es argumentar y cuando se concluye hablando del “desempeño de un papel fundamental” se maquilla como elemento de convicción lo que es una conclusión, más allá del recurso de mezclar elementos de la acusación de malversación para razonar sobre la sedición.

Bajo la atenta mirada de la presunción de inocencia, pilar esencial de las garantías del proceso penal democrático, cuesta vincular dicha enumeración con el verbo típico de “alzarse”. Al parecer el Sr. Raül Romeva dirigió un “alzamiento tumultuario” por el hecho de “firmar una carta”, “estar” próximo a las urnas, “participar” en la presentación de una pregunta, etc. Esos elementos no los ofrece esta parte, son los que el TS ha escogido como fundamentos de su

²²⁰ Se habla técnicamente de falacia de la “pista falsa” cuando se introduce en una argumentación un tema secundario para desviar la atención del tema principal.

argumentación para la tesis de culpabilidad y no resisten una crítica de racionalidad seria.

En la página 311 se resume la posición de la Sentencia: *Asumió la estrategia exterior del Govern para **legitimar** internacionalmente el referéndum. Era **conocedor** de que estaba promoviendo la creación de una legalidad paralela y que, mediante la movilización ciudadana y el apoyo internacional, se podría neutralizar la capacidad de las autoridades gubernativas y judiciales, para ejercer las funciones constitucionales que les son propias.*

Dicho párrafo apunta dos elementos como base de la culpabilidad del Sr. Romeva: que quiso “legitimar internacionalmente un referéndum” (huelgan comentarios sobre el supuesto contenido antijurídico de dicha afirmación) y que “conocía” lo que políticamente sucedía en Cataluña.

La Sentencia **contiene un párrafo que ningún ciudadano de una sociedad democrática podría haber nunca previsto que podría fundamentar una tesis de culpabilidad** y que puede leerse en la página 311:

Se dice que Raül Romeva **Intentó convencer de la viabilidad** de la construcción de una República catalana, **relativizó las dificultades logísticas** para la celebración de la consulta popular y llegó a acusar a las instituciones europeas de que **perderían credibilidad** si no apoyaban el referéndum. **Acusó al Estado de vulnerar el Tratado de la Unión** sobre el respeto a la libertad y al Estado de derecho y proclamó que, pese a la aplicación del artículo 155 de la CE, la Generalitat no se echaría atrás y que si se encarcelaba a los “Jordis” **serían presos políticos**.

La criminalización de la libre expresión no podría encontrar ejemplos tan evidentes.

Y ello se adorna con la falacia de envenenamiento del lenguaje o lenguaje tendencioso cuando se dice que Raül Romeva *sostuvo que no había alternativa a la proclamación de la independencia. Negó el riesgo de fractura social, **incluso entre familias**.*

La culpabilidad del Sr. Romeva quizá suponga la argumentación más emocional y politizada de toda la Sentencia que sólo se explica por el hecho de que afecta a un elemento que, pese a su irrelevancia penal, genera un rechazo mayúsculo:

la del traslado de información sobre la situación política catalana y española al ámbito internacional.

La Sentencia critica que Raül Romeva dijera que la Sentencia del TC sobre el Estatut fue “dramática” y que inició la “desafección”, cuando dicha expresión lleva el *copyright* del expresidente de la Generalitat, Don José Montilla, del PSC.

Pero el razonamiento aún se complica más con la aparición de contradicciones y dudas explícitas que el TS, sin embargo, no valora a los efectos del análisis de culpabilidad. Así en la página 315 se dice que *Ese perfil del Sr. Romeva es un hecho notorio que la Sala conoce, elogia y respeta. **No alberga la más mínima duda acerca de su compromiso con la paz.** Sin embargo, nada de eso se pone en cuestión en el relato histórico que sirve para fundamentar su condena. El juicio histórico no convierte injustamente al acusado en un hombre violento. Se limita a reprocharle su actuación concertada con el resto de los acusados, encaminada a la creación de un conjunto normativo aprobado por un órgano autonómico manifiestamente incompetente para ello. Y hacerlo alentando una movilización ciudadana que incluía la resistencia y oposición material y física, así como un apoyo internacional dirigido a privar unilateralmente, por la vía de hecho, de toda fuerza ejecutiva a las decisiones de las autoridades gubernativas y judiciales legitimadas democráticamente por nuestro sistema constitucional.*

Ese es el posicionamiento explícito de la Sentencia respecto del Sr. Romeva que expresa una **duda evidente** que debería afectar la imputación subjetiva y que vincula el núcleo de la acción supuestamente típica a la búsqueda de apoyo político internacional.

No hay canon de racionalidad que resista la configuración de un pronunciamiento de culpabilidad por el delito de sedición en los términos descritos en la Sentencia.

6.13 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MALVERSACIÓN

Algo habremos de decir, de forma singularizada, sobre el delito de malversación puesto que la Sentencia viola la presunción de inocencia también respecto de dicha condena. Ello se concreta en la generalizada indeterminación de la prueba sobre la que se sustenta la convicción del Tribunal y la indefinición de los criterios por los que se construye el elemento de la ilicitud sobre el que descansa el reproche penal. Al tiempo, no se discuten ni analizan hipótesis de descargo, ni

se construye el juicio de autoría sobre la determinación de verdaderos actos de dominio, siendo la responsabilidad penal basada en presunciones y argumentos irrazonables.

La **determinación de los hechos** sobre los que se sustenta la malversación resulta compleja puesto que la Sentencia los describe en ocasiones sin argumentar la razón de reputarlos ilícitos o ajenos a la función pública o se hace referencia a gastos que no son de dinero público (a modo de ejemplo al desarrollar los hechos probados de malversación en la página 58 se describen los utilizados para la presentación de la pregunta del referéndum en el TNC, sin que ello tenga nada que ver con la administración de dinero público).

Cuanto a la **explicación de la prueba** sobre la que se basa la convicción judicial, en muchas de las partidas vinculadas al delito de malversación no se hace referencia expresa a la prueba sobre la que se sustenta la culpabilidad o bien se hace referencia a medios de prueba provenientes de otros procedimientos, que esta defensa impugnó por su origen ilícito, sin que tampoco la Sentencia discuta o justifique el porqué de autorizar su valoración.

En ocasiones la Sentencia omite cualquier argumentación sobre el **vínculo de ilicitud** del supuesto gasto efectuado, del que la defensa sólo puede deducir que se reputa ilícito por una genérica vinculación con el objetivo político perseguido por los acusados, por más que dicha supuesta transgresión del deber de lealtad en la gestión del patrimonio público debe ser un elemento objeto de prueba puesto que fue discutido durante el juicio oral.

De entrada, conviene apuntar que los hechos se enmarcan en una situación de **control financiero absoluto** de la gestión de la Generalitat de Cataluña, iniciada mucho antes de la supuesta realización de los hechos que se consideran ilícitos.

Como ratificó el exministro Sr. Montoro (declaración de 27 de febrero de 2019) *en Cataluña no existía presupuesto para un referéndum*, de tal forma que su conocida aseveración sobre la inexistencia de ningún gasto (“ni un euro”) cobra mayor sentido.

Así lo reconoce la Sentencia en su página 417, de la misma forma que se reconoce que la Generalitat remitió información puntual sobre sus cuentas

incluso tras el anuncio hecho público de que no se haría, en el mes de septiembre de 2017.

En ese escenario de total fiscalización es hecho notorio que la STC de 5 de julio de 2017 determinó la nulidad de la Disposición Adicional 40 de la Ley de Presupuestos de la Generalitat y determinó el bloqueo absoluto de cualquier uso de las partidas presupuestarias que se vinculaban a procedimientos susceptibles de relación con un referéndum de independencia.

La Generalitat no tenía capacidad de realizar ningún gasto vinculado directa o indirectamente con el referéndum del 1 de octubre de 2017 y la Sentencia ni tan siquiera explora la hipótesis de que hubiera existido financiación privada de muchas de las partidas que se imputan, en clave de malversación, al actuar de los acusados. El TS asume como petición de principio que cualquier obligación o gasto relacionado con el referéndum tenía que provenir de las arcas públicas. Así en la página 419 de la Sentencia se dice expresamente que *es imposible que las actividades preparatorias del referéndum surgieran como un brote de germinación espontánea* (páginas 433 a 439).

Sea como fuere el escenario sobre el que se declaran probados los hechos es el de la determinación a través de suposiciones aventuradas, en muchas ocasiones sin base probatoria sólida y contra la realidad presentada por prueba de descargo que el Tribunal no valora.

Uno de los primeros problemas lógicos en la argumentación de la Sentencia afecta al juicio de autoría y al desarrollo de los hechos pues se relaciona con el análisis del **Acuerdo de Govern de 6 de septiembre** de 2017.

Como fundamento de la malversación se da relevancia a dicho Acuerdo como acto de solidaridad en la asunción de obligaciones y gastos (así en la página 287 de la Sentencia) pero de forma totalmente contradictoria la misma Sentencia en su página 472 rechaza cualquier relevancia en sede de imputación de dicho Acuerdo al que se califica de una *retórica e irrelevante exteriorización de voluntad*, un hecho meramente *simbólico*.

Y es que efectivamente el Acuerdo mencionado no tuvo ningún efecto jurídico siendo una herramienta de exteriorización de una voluntad política que no afecta ni puede afectar al juicio de culpabilidad.

El famoso Acuerdo se dictó mientras el Decreto 139/2017 y la Ley del Referéndum estaba vigentes y no habían ni tan siquiera sido recurridas. Dicho Acuerdo, tras la impugnación constitucional de las normas referidas, nunca llegó a ejecutarse o a materializarse en actos concretos.

En todo caso la realidad de su contenido y orientación políticas topa con la existencia de una serie de formalidades y de canales de contratación y compromiso de gasto que hacían irrelevante dicho Acuerdo, puesto que los funcionarios encargados de servicios y contratación actuaban, como siempre, en base a criterios rígidos sometidos a control. Así cualquier contratación seguía el circuito reglado de la Ley de Contratos del Sector Público, con una duración de formalización de expediente de varios meses, con control y seguimiento electrónicos y bajo un canal de tramitación específico (petición de informes, control de partida presupuestaria, reserva de gasto, intervención, seguimiento y validación, etc.).

Es decir, que cualquier gasto, más allá de una fantasmagórica situación de generación espontánea por mor del Acuerdo de 6 de septiembre, dependía de la firma de aproximadamente 15 funcionarios, entre ellos los de la intervención delegada y general.

El Acuerdo estudiado no fue, por tanto, herramienta ni orden de ejecución de ningún gasto. Ello se deriva, igualmente, del marco legal contenido en el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Catalunya (DLeg 3/2002) que demuestra la irrazonabilidad del juicio de **autoría** que atribuye a mis mandantes la responsabilidad por el gasto relacionado con sus departamentos y, en el caso del Sr. Junqueras, el de todas las *conselleries*, sin determinar actos concretos de decisión, ejecución o control de cada obligación que se reputa ilícitamente comprometida.

En cualquier caso, en el artículo 46 de la referida Ley de Finanzas se explicitan los pasos para el compromiso del patrimonio de la Generalitat, a través de: autorización (reserva de crédito), disposición, obligación de pago y pago.

Ello abona, por tanto, la idea de que cualquier “autorización” tampoco daba lugar a gasto, máxime cuando no se imputaba a un crédito presupuestario determinado.

En definitiva, el Acuerdo de 6 de septiembre fue un acto de exteriorización política de voluntad, sin efectos jurídicos, que no dio lugar a ninguna decisión colectiva de ningún tipo, ni se adoptó en base a tal Acuerdo ninguna decisión de ejecución concreta.

Entrando ya en determinadas **partidas** los saltos lógicos e irracionalidad de las inferencias es evidente.

La violación de la presunción de inocencia es claramente perceptible ya en el análisis de las primeras partidas que se reputan ilícitas. En primer lugar, se habla de las **webs** (páginas 420-424) sin referencia alguna a fuentes de prueba concretas. Se mencionan “mensajes” en general sin concretarlos, se habla de clonación de webs sin determinar qué tipo de responsabilidad se deriva de ello. No se cuantifican gastos y se efectúa una referencia formal, aunque vacía de cualquier contenido, a la declaración supuestamente “cualificada” (no se dice por qué lo es) del agente de la Guardia Civil 29100Q, numeración que no existe.

Si la culpabilidad sólo puede basarse en la existencia de una acción imputable a título de dolo, con relación a la gestión de las Webs de difusión del referéndum la situación es esperpéntica: se atribuye a supuesto gasto (malversación) la existencia de unas webs que no están alojadas en servidores de la Generalitat, ni diseñadas de acuerdo con sus protocolos, ni consta que fueran controladas por ninguno de los acusados ni nadie a su ruego, etc. La ausencia de prueba es absoluta.

Respecto de las tareas efectuadas por **Teresa Guix** (páginas 424 a 426) se habla de emails aunque no se identifican en las actuaciones, y se efectúa una remisión a la prueba obtenida en otros procedimientos (JIB13).

Es muy interesante la referencia a la **conferencia internacional** (página 426) a la que no se otorga un significado antijurídico, cuando precisamente la autoría de Raül Romeva se fundamenta en el hecho de haber efectuado propaganda internacional. Es cierto que *la impartición de una conferencia no puede reputarse una conducta típica* (página 428) pero hemos de recordar que ese elemento sirvió para determinar la competencia del TS.

Respecto del *Registre de Catalans* en el exterior o la campaña de *Civisme*, hay que tener en cuenta que nunca se llegaron a abonar las facturas por la Generalitat aun cuando ambas campañas tienen naturaleza distinta.

Dichas iniciativas se encuadraban dentro de campañas informativas a la ciudadanía sobre servicios públicos e información general.

Respecto del **Registre de Catalans** la ilicitud de dicha campaña no se deriva racionalmente de ninguno de los elementos analizados en la Sentencia.

El Registro fue creado en el año 2014 y su orientación y diseño no pueden vincularse en modo alguno con el referéndum de autodeterminación.

Pero de hecho la Sentencia en sus páginas 428 a 433 no acierta en explicar claramente qué elemento torna en ilícito dicho Registro, ilicitud que se construye posteriormente por las genéricas referencias a la ilegalidad de los gastos de la página 467. Allí se establece que *Lo que ahora consideramos relevante, desde el punto de vista penal, es la manifiesta deslealtad de aplicar fondos públicos al abono de los gastos que se generaron como consecuencia de una consulta referendaria que fue considerada ilegal por el TC y, en ejecución de esta decisión, por el TSJ de Cataluña.*

Sin referencia alguna al principio de *Ultima Ratio* la Sentencia asimila los efectos de una malversación por apropiación definitiva de dinero público a la difusión de un repositorio de servicios a ciudadanos en el extranjero que incluye servicios de biblioteca o vacaciones infantiles.

Respecto de la campaña de **Civisme**, la prueba determinó de forma meridiana que dicha iniciativa no supuso gasto público alguno. Ni se pagaron las facturas ni se han nunca admitido como documentos válidos que generen ningún tipo de obligación al patrimonio de la Generalitat.

Las facturas indebidamente emitidas por la CCMA fueron siempre rechazadas por las unidades de gestión económica del Departamento de Presidencia puesto que eran incorrectas e indebidas.

En cualquier caso, la argumentación relativa a la campaña de *Civisme* es la prueba irrefutable de la total dependencia de la causa de las investigaciones y

fuentes de prueba provenientes de otros procedimientos (así es de ver en las páginas 433 a 439).

Cuanto a la partida de **propaganda** (439 a 453) se pone perfectamente de manifiesto la total dependencia de las investigaciones paralelas cuando se dice que *la Guardia Civil actuaba bajo mandato de investigación genérico y también específico de la Instrucción 2/2017 del Fiscal Superior de Cataluña*. La multiplicidad de investigaciones paralelas abiertas por los mismos hechos se demuestra fácilmente.

Aquí nuevamente se da por supuesto que la cartelería llevaría gasto público asociado por las conexiones entre determinadas personas, pero sin que exista prueba alguna de ello ni posibilidad de descartar iniciativa privada.

No se explica ni se discute si finalmente la prestación se llevó a cabo, ni se determinan concretamente las fuentes de prueba analizadas (emails seguramente objeto de impugnación o cuestionamiento), siendo el recurso al testigo N29100C testifical de referencia (página 451).

Respecto de las labores de mensajería de la entidad **UNIPOST** la sanción por dichos hechos resulta imposible por razones de calado. Nunca generó la empresa ninguna factura válida sino documentos con finalidad presupuestaria que ni constan en la contabilidad de la Generalitat ni nunca se llegaron a abonar ni generaron obligación alguna, tal y como consta certificado por la Intervención General de la Generalitat.

Cualquier gasto asociado a UNIPOST está debidamente vinculado a sus labores de servicio postal ordinario de cada departamento de la Generalitat.

Con relación a dicha partida conviene recuperar el análisis efectuado en la Sentencia sobre el momento de consumación de delito de malversación.

En las páginas 289 y 290 de la Sentencia se establece que *el momento en el que el acreedor **realiza correctamente la prestación** a su cargo es el momento en el que debe entenderse producido el menoscabo a los caudales o fondos públicos*. Y esa idea se reitera en las páginas 209 y 292: *con el reconocimiento de la obligación no nace la obligación de exigibilidad, sino cuando se ha prestado el servicio*.

Cuanto a la partida de UNIPOST la Sentencia simplemente recoge la visión de las acusaciones sin poderla justificar en base a la prueba y a una argumentación lógica.

El primer hecho relevante es que la supuesta distribución de material electoral nunca se llegó a producir. El delito, por tanto, no se llegó a cometer. Ni existió una reserva de crédito, ni se generó una obligación de pago puesto que el servicio no se prestó ni se llegó a efectuar pago alguno que perjudicara al patrimonio público.

Las propias funcionarias que declararon en Juicio Oral y a quienes la Sentencia atribuye verosimilitud manifestaron no poder llegar a ninguna conclusión sobre la efectiva prestación el servicio.

Es cierto que se discutió en Juicio Oral sobre la existencia de 5 facturas proforma. Dicho extraño documento mercantil, de conformidad con el RD 1619/2012 (Reglamento de Facturación) y la consulta vinculante de la DGT V2825/17 no tiene más que una significación como presupuesto, entro otras cosas porque no se vincula con la prestación de servicio alguno.

Dichas facturas, además, hacen referencia a la remisión o envío de más de 5,3 millones de unidades (o cartas). Pero lo cierto es que no se remitieron esas unidades, ni ningún ciudadano recibió ninguna tarjeta censal, ni consta que en la sede de UNIPOST se llegaran a recibir dichas cartas. Las cartas con tarjetas censales que la Sentencia reconoce en su página 452 ni se recibieron ni se remitieron. El servicio no se prestó y, por ende, no se abonó y el delito no se consumó.

De hecho, el material aprehendido en Terrassa o Manresa a UNIPOST, que no tenía albarán de entrega ni orden concreta de reparto, no se llegó tampoco a enviar ni se vincula con ninguna factura o factura proforma, ni consta pedido ni encargo, ni fue dicho material manipulado en modo alguno.

El testigo Sr. Ramírez Ramos explicó que la central de UNIPOST ya había informado de que el material no había de distribuirse, incluso antes de la intervención de la Guardia Civil.

Y finalmente cumple rebatir completamente la tesis de la vinculación entre los supuestos 5 sellos de salida de los departamentos de la Generalitat con destino

a UNIPOST y las famosas 5,3 millones de cartas, puesto que consta certificado en autos que todo ello obedecía a la gestión postal ordinaria de los departamentos, puesto que en ninguno de dichos sellos hay indicio alguno que pueda vincularse con el envío de tarjetas censales o material relacionado con el referéndum.

Finalmente, la existencia de una anulación de facturas, certificada por la Administración Concursal de UNIPOST, no puede tener tampoco significado antijurídico. Como bien establece la Sentencia en la página 291 *la factura negativa puede tener su origen en muchos motivos*, y uno de ellos tiene que ver con la inexistencia de prestación del servicio.

La conclusión es clara. No se puede deducir ningún tipo de responsabilidad, ni penal, ni contable para ninguno de los acusados por estos hechos. Ni se iniciaron los trámites administrativos para disponer de caudales (no hubo reserva de crédito y no se prestó el servicio), ni, en relación a algunos de ellos, respecto de los que hay sellos de salida (inicio de actividad dispositiva de caudales), corresponden con actividad relacionada con el referéndum sino ordinaria y conforme a la legalidad.

Respecto de la contratación del **Lobby de EEUU** la Sentencia no explica en su página 453 por qué ello es ilegal, pero debe recordarse cuál era su finalidad que estaba perfectamente publicada de acuerdo con la legislación de lobbies: *facilitar la tarea de promover la imagen de Catalunya en Estados Unidos y aportar contactos con las instituciones y actores principales*.

Puede que realmente la ilicitud sea imposible de razonar puesto que, salvo la difusión de ideas que constituyan delitos de odio o apología punible, parece que la represión penal de la palabra (cuando se relaciona con programas políticos legales) es arriesgada.

Cuanto al **Hague Center** las labores que llevó a cabo ni favorecieron la organización ni la celebración del referéndum, siendo sólo tareas relacionadas con la información a la comunidad internacional de unos hechos de relevancia histórica, siguiendo formatos estándar de comprobación y difusión de información en modo de conferencias, foros, etc.

El objeto de la tarea encomendada a Hague Center y que obra en el contrato suscrito con la administración pública tiene que ver con la ejecución de estudios de estrategia internacional a nivel de la Unión Europea y más concretamente con el afrontamiento de determinadas problemáticas (por ejemplo, el Brexit) y, por tanto, dentro de las normales competencias en materia de acción exterior de la administración catalana.

El fundamento de la ilicitud de la partida es absurdo desde la argumentación de la Sentencia (páginas 453 a 455) puesto que simplemente se deriva de que el encargo del estudio coincidía en el tiempo con el referéndum.

Pero lo más relevante a los efectos de la presunción de inocencia es que la prueba de cargo solicitada por las acusaciones con relación a dicha partida era la declaración del Sr. Paul Sinning, medio de prueba al que la acusación renunció en el mismo Juicio Oral, dando lugar al vacío probatorio con el que la Sentencia necesariamente tenía que encontrarse.

Cuanto a los programas de **visitantes internacionales** que se concretaban en la presencia de parlamentarios extranjeros, dichos programas son tradicionales e históricos de la entidad DIPLOCAT y vienen haciéndose desde hace muchos años.

La Sentencia (páginas 457-459) no explica por qué dicho programa tenía relación con el referéndum, sobre todo cuando los responsables del DIPLOCAT negaron dicha relación en el Juicio Oral, sin que el TS haga ninguna mención a dicha prueba de descargo.

Tampoco se explica por qué la hipótesis de la acusación, caso de ser cierta, encerraba algún tipo de ilicitud, puesto que más allá de un reproche político o social, no parece que pueda determinarse a efectos penales una ilicitud vinculada a la observación de un proceso electoral o referendario.

El DIPLOCAT gestionaba dichos programas y los decidía desde su estructura de toma de decisión ordinaria, con autonomía respecto de la intervención del departamento del Sr. Raül Romeva.

De hecho, el supuesto control del Sr. Raül Romeva es una presunción tal y como se describe en la página 469 de la Sentencia y aún más irregular parece basar dicha responsabilidad en la prueba de un email, cuya fiabilidad fue cuestionada

en juicio, que se reconoció como que nunca había sido enviado ni ningún testigo declaró sobre él.

Los encargos de **Helena Catt** y **Wim Kok** (páginas 459 a 465) tampoco se explica por qué eran ilegales y conviene aquí apuntar que DIPLOCAT nunca recibió ningún apercibimiento por las tareas que realizaba o encargaba, ni la Sentencia explica por qué pueden imputarse partidas como ilícitas cuando fueron realizadas o comprometidas mucho antes de la suspensión del referéndum.

El grupo de trabajo de la Sra. Helena Catt participó en un proyecto académico de análisis del contexto político catalán y no validó ningún proceso de votación, ni colaboró en su logística, ni nada por el estilo. Se les pagó en enero de 2018 (bajo la vigencia del artículo 155 CE) al tratarse de un trabajo de diagnóstico científico habitual.

Respecto del Sr. Wim Kok no se practicó ningún medio de prueba en juicio que permitiera dar lugar a la inferencia contenida en Sentencia.

La Sentencia tenía también la tarea de determinar la frontera entre una eventual responsabilidad contable o administrativa y la penal, bajo el prisma de la *Ultima Ratio*, siendo como era el proyecto político impulsado por mis mandantes un proyecto sometido al escrutinio de los votantes en elecciones en las que nunca se les prohibió la promoción de sus ideas y su concreción en programas de actuación.

6.14 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EXTRAPROCESAL

La presunción de inocencia tiene también una dimensión extraprocesal que se relaciona con la prohibición de efectuar manifestaciones públicas de criminalización de los acusados por parte de las autoridades y sus agentes, protegiendo a aquéllos frente al abuso de comentarios públicos y de prensa que generen una campaña de criminalización.

El derecho del acusado a ser considerado inocente es una piedra angular del derecho a un juicio justo y ese derecho deber ser efectivo, cumpliendo con los estándares establecidos para su aplicación práctica.

La presunción de inocencia es tan importante que no sólo los jueces, sino también los demás funcionarios públicos deben respetarla.

El artículo 4.1 de la Directiva UE 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia establece que *Los Estados miembros adoptarán las **medidas** necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las **declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas** (...) no se refieran a esa persona como culpable.*

El alcance de dicha protección, según el preámbulo de la propia Directiva, tiene que ver con *cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos.*

Por lo tanto, están obligados a no realizar este tipo de declaraciones no sólo los miembros del gobierno, sino también el resto de los cargos electos o de designación, incluyendo a diputados.

Cuanto al contenido de las declaraciones, no importan las concretas palabras sino **su sentido de ataque** a la presunción de inocencia.

Este Excmo. Tribunal Constitucional tradicionalmente no ha dado la importancia debida a dicha dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, adoptando un enfoque más próximo a la protección del derecho al honor. Esa es, en definitiva, la posición del TS expresada en la Sentencia, pero no es la posición más alineada con las modernas concepciones sobre las garantías que deben presidir el proceso penal en estados democráticos.

La Sentencia se aproxima a la controversia de la misma forma que lo hace en cualquier debate sobre derechos fundamentales, a saber, mediante una proclamación formal de la prevalencia e importancia del derecho, para determinar en la práctica su desprotección.

En la página 143 de la Sentencia se dice que es evidente que la presunción de inocencia es *una regla de tratamiento más allá del proceso*, pero ello no deja de ser más que un enunciado, como también lo es decir que *la opinión de quien así se expresa carece, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria que ha asumido esta Sala* (página 144).

El respeto a los derechos fundamentales se hace depender, en la Sentencia, de la credibilidad asociada a la autoridad del Tribunal que sería inmune a la existencia de las campañas de criminalización constante de los acusados.

Si el análisis de la vigencia de los derechos dependiera de la proclamación formal de su respeto no existiría nunca una controversia de derechos humanos en el mundo. Lo que los derechos humanos reclaman es la demostración o argumentación razonada de su protección, no un acrítico anuncio de su teórica importancia.

Y la realidad es que **las condiciones en las que las autoridades públicas presentan a un acusado** y hablan de él influyen en la presunción de inocencia y ello es un derecho individual que no depende de la conceptualización que le pueda dar el juez concreto de quien debe reclamarse una protección específica, a través del establecimiento de “contrapesos” en favor de la defensa.

Si una declaración de un funcionario público viola el principio de la presunción de inocencia debe determinarse en el contexto de las circunstancias particulares en las que se hizo la declaración y en esta causa hemos asistido a la vulneración de la presunción de inocencia con respecto a mis representados Sres. Junqueras y Romeva.

Desde el mismo momento en que se presentó la querrela del Ministerio Fiscal se desencadenó una **campaña de criminalización** y estigmatización de los acusados que vulnera su presunción de inocencia.

Parte de esas manifestaciones públicas son la siguientes:

- El mismo documento de querrela se denomina “más dura será la caída”.
- La vicepresidenta Sra. Saéz de Santamaría habla del “descabezamiento” de los independentistas, llama “golpistas” a los acusados y les compara con terroristas y con el nazismo.
- El presidente Sr. Rajoy reclama un “presidente limpio” durante la navidad de 2017.
- Don Rafael Hernando, portavoz del PP en el congreso, en febrero de 2018 habla de los acusados como “cadáveres políticos que han cometido delitos muy graves”.

- El eurodiputado Sr. Carlos Iturgaiz en marzo de 2018 en el Parlamento Europeo llama “delincuente golpista” al Sr. Junqueras.
- La vicepresidenta Sra. Carmen Calvo en noviembre de 2018 manifiesta que los acusados “han cometido delitos”.
- Don Pablo Casado, representante de gobierno, expresa que *El día de la infamia no quedará impune. Los delincuentes sediciosos acabarán en la cárcel* refiriéndose a mis mandantes.
- La Sra. Irene Lozano (Secretaria de Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores) inicia una furibunda campaña en la que habla de *personas que han cometido delitos* y en el minuto 7:08 del documento aportado a las actuaciones dice que *los independentistas hablarán mal de España y tratarán de atacar su democracia* pero que el sistema judicial tiene garantías para los *condenados*.
- El propio presidente del partido político Ciudadanos (líder de la oposición en ese momento) desde el Congreso decía que los acusados *han cometido delito de rebelión*.

Al escrito de defensa se acompañaron todos esos documentos, incluso tuits de miembros de judicatura, fiscales, funcionarios y policías.

No puede en modo alguno reclamarse a la defensa que demuestre mediante la aportación exhaustiva al proceso de la innumerable documentación de soporte lo que resulta notorio: el procedimiento que nos ocupa ha ido acompañado, desde su inicio, de manifestaciones públicas y explícitas de autoridades, partidos políticos y medios de comunicación sobre la existencia de una responsabilidad penal de los acusados.

El TEDH ha subrayado²²¹ que *el Artículo 6 § 2 no puede impedir que las autoridades informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la **discreción y circunspección** necesarias para que se respete la presunción de inocencia.*

Era particularmente importante en esta etapa inicial, incluso antes de que el solicitante hubiera sido acusado formalmente, de no hacer ninguna declaración

²²¹ STEDH *Allenet de Ribemont c. Francia*, de 10 febrero de 1995, §38.

pública que pudiera haber sido interpretada como una confirmación de la culpabilidad del solicitante en la opinión de un funcionario público importante (...) La presunción de inocencia se violará si (...) una declaración de un funcionario público sobre una persona acusada de un delito penal **refleja una opinión de que es culpable** antes de que se demuestre su culpabilidad según la ley.²²²

Lo sucedido en las actuaciones dio lugar a la sustitución del juicio por el prejuicio, a lo que habría de añadirse la campaña mediática desatada contra los acusados.²²³

Resulta imposible trasladar al presente escrito las innumerables noticias periodísticas que durante cerca de 2 años se han dedicado diariamente a promover una impresión negativa de mis mandantes y, concretamente, la idea de su responsabilidad penal previamente al Juicio Oral y la Sentencia. Ello es un hecho notorio que no merece probanza alguna al encontrarse en las hemerotecas.

Como se solicitó en cuestiones previas del Juicio Oral, en aplicación del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva mencionada, el Tribunal debía haber adoptado un conjunto de **medidas adecuadas para garantizar que los acusados no fuesen presentados ante la opinión pública como culpables**, cosa que se les ha reclamado insistentemente.

La presunción de inocencia lo que garantiza es el respeto a las normas del juego en el sistema de justicia moderno e influye en la igualdad de armas. Nadie ha solicitado nunca al TS que declarara la absolución de los acusados por la lesión de la presunción de inocencia extraprocesal, lo que se reclamaba del Tribunal es que justificase de qué forma (concreta) se contrarrestaban los efectos perniciosos de la culpabilización pública de mis mandantes, determinando si el mal era o no reparable y cómo debía repararse.

Sin embargo, el TS nunca ha adoptado medidas necesarias para garantizar el principio de presunción de inocencia y por tanto el Juicio Oral no se desarrolló con las garantías necesarias puesto que la opinión pública fue sugestionada para

²²² STEDH Fatullayev c. Azerbayán, de 22 de abril de 2010, §160.

²²³ El magistrado JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA advertía del peligro de la criminalización pública previa al proceso judicial en su magnífico artículo de 28 de diciembre de 2018: https://elpais.com/elpais/2018/12/28/opinion/1546010284_107471.html

entender que los acusados eran culpables y ello ha prejuzgado la evaluación de los hechos por la autoridad judicial competente.²²⁴

Nos encontrábamos ante una obligación clara, precisa e incondicional resultante de los artículos 4.1 y 4.2 de la Directiva que obligaba a adoptar medidas correctoras para que el juicio debiera haber tenido lugar con plenas garantías antes del dictado de la Sentencia. Cualquier duda de interpretación sobre el alcance del derecho de la Unión había de haber obligado al TS a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial anunciada en las cuestiones previas del Juicio Oral.

El texto de la cuestión prejudicial solicitada era:

Cuestión prejudicial nº2: *¿Se opone el artículo 4.1 de la Directiva 2016/343 al conjunto de declaraciones emitidas por miembros del gobierno español, cargos de la administración del Estado y cargos electos como diputados del Congreso de los diputados y eurodiputados españoles, que señalan a los investigados como autores de diversos delitos enjuiciados en el litigio principal?*

El TS rechazó el planteamiento de la cuestión sin razonamiento alguno más allá de la expresión de que no se cumplían los requisitos del artículo 267 TFUE y ni en la Sentencia ni en su aclaración se ha dado respuesta fundada a los motivos de no planteamiento de la remisión prejudicial, ni se han satisfecho las exigencias del derecho a la presunción de inocencia mediante el establecimiento de medidas correctoras o **contrapesos** que situaran a la defensa en condiciones de igualdad frente a las acusaciones, hecho que contribuye a la lesión del derecho al juicio justo.

6.15 FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA PENA

La Sentencia **no explicita las razones para la imposición de las concretas penas** a los acusados, haciendo imposible conocer el criterio por el cual se ha superado el mínimo legal del marco de la pena atribuida al delito aplicado o el motivo de la imposición de distintas penas a condenados por los mismos delitos, con vulneración del derecho a obtener una resolución fundada.

²²⁴ En la Decisión TEDH Ninn-Hansen c. Dinamarca, de 18 de mayo de 1999, se establecía que *una campaña de prensa virulenta puede tener impacto en la imparcialidad del tribunal de conformidad con el artículo 6.1 así como en la presunción de inocencia del artículo 6.2.*

La pena como manifestación más evidente del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y del juicio de reproche debe determinarse de forma individualizada a través de una **motivación específica y reforzada**, en lo que resulta una de las funciones más relevantes del órgano de enjuiciamiento y de las que se reclama mayor concreción. No es posible determinar la respuesta penal de forma tal que no sea fiscalizable en términos de racionalidad, excepto cuando la determinación penológica coincide con el límite inferior del marco de pena imponible de acuerdo con la calificación jurídica determinada en Sentencia.

El deber de motivación de la Sentencia, que incluye el de la determinación penológica, está previsto en el artículo 120.3 CE y resulta una faceta del derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH y se relaciona con otros derechos fundamentales. La falta de motivación de la determinación de la pena viola el derecho a la tutela judicial efectiva, causando indefensión (24.2 CE), el derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE), el principio de legalidad penal (25 CE y 7 CEDH), e implica la lesión adicional asociada al respeto al derecho de igualdad de trato y no discriminación (14 CE y 14 CEDH).

La propia Sentencia apunta como referencia legal del momento de determinación de la pena la contenida en el artículo 66 CP (así se anuncia en la página 480 de la Sentencia), dejando sorprendentemente de abordar la tarea de fijación razonada de la pena, con omisión de cualquier pronunciamiento mínimamente motivado relativo a las *circunstancias personales y de gravedad* del hecho (66.1.6ª CP).

Y así la Sentencia impone a mis mandantes de forma inmotivada las penas de 13 y 12 años de prisión respectivamente (Sres. Junqueras y Romeva) así como la de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.

No existe ni consta detallado ni argumentado en la Sentencia ningún elemento que pueda llevar al Tribunal sentenciador a superar el límite mínimo del marco de pena, excepto aquellos elementos que supondrían una “doble valoración” prohibida tanto en lo relativo a las condiciones personales de los acusados como a las características y gravedad de los hechos.

Tampoco se explicitan razones para el tratamiento diferenciado, en el trámite de fijación de la pena, de condenados por los mismos delitos.

De acuerdo con su jurisprudencia constante, tanto el TC como el TEDH vinculan la motivación de las decisiones judiciales con los principios fundamentales de la administración de justicia. Así, las decisiones judiciales deben indicar adecuadamente las razones en las que se basan.²²⁵

Motivar una sentencia obliga al tribunal a basar su razonamiento en argumentos objetivos que se muestren, para preservar los derechos de la defensa, con suficiente claridad. Una decisión motivada es importante para permitir que los interesados puedan ejercer en última instancia su derecho a una impugnación eficaz²²⁶.

6.16 PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio acusatorio, en el marco de un sistema que exige la separación absoluta entre las funciones de acusar y de juzgar con el objetivo de preservar estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Dicho de otra forma, la condena presupone una acusación sostenida por alguien distinto del Tribunal enjuiciador. A ello se añade, con directa vinculación al derecho de defensa, que la acusación ha de formularse en condiciones tales que el acusado pueda defenderse eficazmente de la misma.

La cuestión de la vinculación con la pena interesada por las acusaciones, como límite máximo de la condena, ha sido tratada incorrectamente en la Sentencia, puesto que la pena impuesta **supera indebidamente** la solicitada por la Abogacía del Estado, única parte acusadora que puede determinar el límite máximo para la sanción de la sedición.

Es cuestión indiscutida que el Tribunal sentenciador no puede nunca sobrepasar las penas solicitadas por las acusaciones. El Pleno no jurisdiccional del TS así

²²⁵ STEDH *Moreira Ferreira c. Portugal* (nº2) [GC], de 11 de Julio de 2017, § 84 (...) *Sin que sea obligatoria una respuesta detallada a cada argumento presentado por el demandante, esta obligación presupone que las partes en los procedimientos judiciales deben esperar recibir una respuesta específica y explícita a los argumentos que son decisivos para el resultado de esos procedimientos. (...) Además, en los casos relacionados con la interferencia con los derechos garantizados en virtud del Convenio, el Tribunal trata de determinar si los motivos de las decisiones dictadas por los tribunales nacionales son automáticos o estereotipados. (...) Para que se cumplan los requisitos de un juicio justo, el público y, sobre todo, el acusado, deben poder entender el veredicto que se ha dictado.*

²²⁶ STEDH *Hadjianastassiou c. Grecia* de 16 de diciembre de 1992.

lo determinó por Acuerdo de 20 de diciembre de 2006²²⁷ que decía que *el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.*

Dicho criterio de vinculación del juzgador con la pena en concreto solicitada deriva de la esencia misma del principio acusatorio y, en suma, de la estructura del proceso penal, donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Como razones complementarias se añade que con ello se eliminan algunas dudas nada favorables a la vigencia del principio de seguridad jurídica (9.3 CE) y que se logra la coincidencia con alguno de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que sugerían similar criterio (STC 504/2007 de 28 de mayo).

Dicha tesis, en definitiva, se relaciona con la necesidad de someter el procedimiento (que debe tener “todas las garantías”) a la garantía de **independencia e imparcialidad** del Tribunal, de acuerdo con la debida correlación entre acusación y fallo.²²⁸

No puede convertirse el órgano de enjuiciamiento en parte acusadora tomando decisiones contra reo no sustentadas en pretensiones de las acusaciones. La regla del artículo 789.3 LECr recoge dichos principios al tiempo que los extiende a la imposibilidad de condenar por propia iniciativa del Tribunal en supuestos de heterogeneidad de calificaciones jurídicas, más allá del supuesto, previsto en la ley, del *planteamiento de la tesis* del artículo 733 LECr.

Aunque la Sentencia no lo exprese y más allá de la problemática relativa a la falta de motivación de la individualización de la pena, lo cierto es que la posibilidad de superar la solicitud de pena formulada por la Abogacía del Estado en cuanto a los delitos de sedición y malversación (que son los atribuidos a mis mandantes) resulta contraria al derecho al juicio justo y genera indefensión.

²²⁷ Profusamente analizado en la STS de 12 de enero de 2007 (ponente SÁNCHEZ MELGAR).

²²⁸ Así ya desde la STC 17/1988 de 16 de febrero.

Resulta de entrada evidente que la solicitud de pena de Fiscalía no puede constituir ese “límite” superior que convalidaría la decisión del Tribunal puesto que la acusación pública no se formulaba por el delito objeto de condena.

Esta parte entiende que la cobertura que aprovecha el TS (no explicitada en Sentencia), se vincula a la petición de pena del partido político VOX, hecho que no resulta posible de conformidad con los derechos y garantías vinculadas al juicio justo y a la defensa.

La solicitud de penas efectuada por VOX resulta “inhábil” a los efectos de desbordar los límites impuestos por el principio acusatorio vinculados a la solicitud de pena de la Abogacía del Estado, por dos motivos:

- Porque la acusación efectuada por VOX no descansa sobre criterios técnicos atendibles sino sobre criterios de oportunidad política.
- Porque ello iría en contra de la propia motivación de la Sentencia.

Con relación al primero de los motivos, resulta evidente que la configuración, por méritos del actuar de VOX, de un espacio desproporcionado de debate fruto de una acusación desaforada (amén de técnicamente inviable) no puede convalidar la decisión del Tribunal, ni puede generar un marco de actuación e intervención absoluto. Con su acusación VOX traspasó al papel su ideario político revanchista²²⁹ mediante una acusación por “dos delitos de rebelión”, “dos delitos de sedición”, organización criminal, etc. (página 15 de la Sentencia), para solicitar penas de hasta 75 años de prisión para mis mandantes. La pretensión demostraba (como no ha escapado a la percepción del TS que se refleja en los comentarios de las páginas 150 y ss. de la Sentencia) una actuación técnicamente muy discutible.

Es por lo que la solicitud de penas de 75 años de prisión no puede constituir una alteración de los términos del principio acusatorio por el mero hecho de que en el proceso actúe un partido político, defendido por políticos, empeñado en rentabilizar electoralmente su actuación procesal a través de la defensa de una multi-rebelión absurda.

²²⁹ Perfectamente immortalizado en las consignas del “¡A por ellos!” jaleadas a sus líderes tras los resultados obtenidos por dicha formación en las elecciones al Congreso de los Diputados del pasado día 10 de noviembre de 2019.

La posición de VOX no puede permitir que el Tribunal sentenciador obtenga un **espacio de reacción penal ilimitado**. El Tribunal debe siempre proteger los derechos y garantías de las defensas.

Resulta indiscutible que la concreta pena impuesta sólo lo puede ser gracias a la pretensión del partido político VOX y, por tanto, la acusación, que incluye necesariamente una motivación política, se traduce en una pena que hace cristalizar dicha motivación, cosa que atenta contra los principios que deben informar el procedimiento penal democrático.²³⁰

Decíamos que, como segundo motivo, la solicitud de pena formulada por VOX no puede justificar la finalmente impuesta puesto que **entra en contradicción con otros razonamientos de la propia Sentencia**.

Sea por falta de racionalidad, sea por incongruencia o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la crítica efectuada por la Sentencia a la actuación de VOX no resulta compatible con una pena como la impuesta que significa adoptar técnicamente la pretensión de dicha parte.

Resulta obvio que el Tribunal está facultado para controlar el modo en que se ejerce la acción popular, evitando que ésta se desarrolle de forma sorpresiva o carente de fundamento y es consecuencia de ello, también, la evolución jurisprudencial que afecta a la legitimación de dicha parte procesal y que determina la imposición de determinados límites a su iniciativa.

Pese a las más que atinadas razones que llevaron en su día a la representación del Sr. Jordi Cuixart a cuestionar la personación del partido político VOX como acusación popular, la Sala no supo encontrar encaje legal para la prohibición de su participación, pero ello no significa que no pueda limitar sus efectos para preservar las garantías del procedimiento y la protección de los derechos de las defensas.

Se ha dicho de VOX que ha reintroducido un mensaje de desaprobación del Islam que *no se había visto en el panorama político español tras la instauración de la democracia*.²³¹ Dicho partido político ha sido denunciado por el Defensor

²³⁰ La motivación política de la acusación y del fallo es criticada, por ejemplo, por la STEDH Navalnyy y Ofitserov c. Rusia, cit., §119.

²³¹ Así lo expresa AGUILERA-CARNERERO en el estudio sobre Islamofobia *European Islamophobia Report*, de 2018, financiado por la Unión Europea y resulta sobradamente conocida

del Pueblo por sus campañas de criminalización de menores extranjeros²³² y ha defendido la salida de España de la Unión Europea.²³³

La importancia de afrontar el debate sobre las consecuencias de la presencia de VOX es directamente proporcional a la amenaza que para la democracia representa el ideario de dicho partido político.

Fue precisamente el ex presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sr. Raimondi, quien expresó en el discurso inaugural del año judicial de 2019 su preocupación por la crisis de valores democráticos que atribuía, entre otras causas, al auge del extremismo político.²³⁴

En la Sentencia se dice (página 150) que *el examen de los móviles que empujan a quien acciona en defensa del interés colectivo no es, desde luego, indispensable para concluir la validez del ejercicio de la acción penal*, afirmación perfectamente cuestionable desde el prisma del respeto a los principios inspiradores de la Administración de Justicia.

Pero aun en el caso de que pudiera aceptarse dicha premisa, ello no significa que la pena a imponer a los acusados deba justificarse en la acción de quienes, también en palabras del TS, representan una realidad que *no es, desde luego, positiva* (página 151 de la Sentencia).

Y es que por más crítica que se haga a la presencia de partidos políticos en el proceso penal y la que podría hacerse concretamente al partido político VOX lo cierto es que la pena impuesta lo es gracias a VOX, y ello atentaría contra los mismos principios que el Tribunal enumera como vinculados al debido proceso y a los fines del procedimiento penal.

Nadie obliga al Tribunal sentenciador a asumir la tesis de una parte cuya presencia distorsiona (en palabras de la propia Sentencia) el esquema del proceso penal. El Tribunal **debía haber rechazado** asumir la tesis de quien presenta una parcialidad tan evidente y tan criticable.

la adscripción ideológica de dicho partido que le ha granjeado adhesiones tan sonadas como la del ex líder del Ku Klux Klan americano David Duke.

²³² Así lo revelaba la noticia https://www.eldiario.es/desalambre/Defensor-Pueblo-Fiscalia-Vox-extranjeros_0_975352897.html

²³³ https://www.eldiario.es/politica/Vox-Union_Europea_0_976052769.html

²³⁴ El discurso consta publicado en la web oficial del TEDH, concretamente en el enlace https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_Raimondi_JY_ENG.pdf

Hasta la fecha VOX ha contribuido a la legitimación de decisiones judiciales controvertidas durante la instrucción en las que el juez o tribunal ha asumido las tesis de dicha formación política.

En primer lugar y tal y como ya se ha desarrollado en el capítulo sobre la “causa general”, VOX es quien formula una querrela inmotivada que el Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona asume de forma acrítica para ampliar el objeto de su procedimiento a la monitorización absoluta del Gobierno de la Generalitat de Catalunya.

En segundo lugar, fue precisamente la posición del partido político VOX la que mantuvo al Sr. Joaquim Forn en prisión provisional, contra el criterio de las demás acusaciones manifestado en trámite de apelación contra la medida cautelar.

Pero dicha dinámica, trasladada al órgano de enjuiciamiento, debe ser rechazada, aunque sea por criterios de precaución. Si no se hiciera así, la conclusión no sería otra que la asunción de la posición del partido político referido por el Tribunal de enjuiciamiento como único criterio jurídico de apoyo de la reacción penal manifestada en la sanción, y ello desmerece al sistema de justicia penal en términos de respeto a los principios democráticos.

Es la propia Sentencia la que admite que *la presencia de partidos políticos en el proceso penal no es, desde luego, positiva*. Y también establece que *la Sala coincide en la necesidad de limitar el ejercicio de la acción penal por las formaciones políticas*.

No puede aceptarse que, más allá de su activa participación, la acusación popular determine las consecuencias del pronunciamiento de culpabilidad y la determinación de pena por encima de las acusaciones pública y particular.

En el caso que nos ocupa, ha quedado constatado hasta qué punto el uso fraudulento de la institución de la acción popular ha afectado al derecho a la defensa, contaminando toda la causa desde su incoación por falta de un debido control del interés que movía a dicha parte acusadora, nuevamente con desprotección de las defensas.

En conclusión y como estricta pretensión subsidiaria a cualquier otra que suponga el reconocimiento de la vulneración de derechos que den lugar a la

nulidad del pronunciamiento condenatorio, debería admitirse la lesión de los derechos fundamentales apuntados con aplicación a la fase de determinación de la pena.

6.17 DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

La indebida asunción de competencia por el TS, en contravención con la previsión legal ya apuntada en anteriores apartados del presente recurso, ha dado lugar a la violación directa del derecho de cualquier acusado a ver su causa revisada por un tribunal superior puesto que las causas enjuiciadas por el TS no gozan de una segunda instancia de revisión dentro de la jurisdicción ordinaria.

Ello implica la vulneración del derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (artículos 24.1 y 24.2 CE, artículos 13 y 2/P7 CEDH y 14.5 PIDCP), en lo que resulta una transgresión añadida a una de las facetas del derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH.

Respecto a las excepciones a la doble instancia penal que ofrece la legislación nacional interna, el mismo TEDH en su reiterada jurisprudencia ha contemplado su adecuación con el Convenio a la luz del derecho de acceso a un tribunal, tal y como prevé el artículo 6.1 CEDH, de modo que, si bien se trata de un derecho amparado por el artículo 2/P7 CEDH, debe interpretarse considerando que es *lex specialis* del 6.1 CEDH.

A tal fin, los estados gozan de cierto margen de apreciación para regular el acceso a los recursos internos y el propio CEDH tolera excepciones al derecho alegado, pero será el TEDH quien compruebe que dichas restricciones “persiguen un interés legítimo” y “no infringen la esencia del derecho a un juicio justo”.²³⁵

En el caso que nos ocupa, no puede convalidarse la violación alegada por el hecho de que la competencia del TS se haya fijado con relación al aforamiento de parlamentarios, por distintas razones:

- Porque dicha competencia se ha establecido de forma contraria a la ley (tal y como se ha desarrollado anteriormente).

²³⁵ STEDH Krombach c. Francia, de 13 de febrero de 2001, §96.

- Porque dicha competencia se ha extendido respecto de acusados que no gozan de aforamiento especial.
- Porque dicha competencia genera una clara discriminación (contraria al artículo 14 CE) respecto del enjuiciamiento de hechos idénticos, artificialmente escindidos en otros procedimientos donde los acusados sí gozan de segunda instancia de revisión.
- Porque incluso la regla del aforamiento no excluye la necesidad de garantizar una segunda instancia de revisión penal cuando ello resulte necesario para la protección de las garantías del juicio justo.

Más allá de la inexistente competencia en favor del TS, la necesidad de adoptar siempre una interpretación legal favorable a la vigencia y efectividad de los derechos humanos implica que la exigencia del artículo 2/P7 CEDH y 14.5 PIDCP aboga por solucionar cualquier controversia sobre competencia judicial en favor de aquella solución que pueda garantizar el respeto a la segunda instancia penal de revisión.

La aplicación de reglas que impidan la segunda instancia penal debe ser restrictiva, máxime cuando en la presente impugnación se han expuesto razones por las que el sometimiento de la causa al TS **no implica en modo alguno la existencia de mayores garantías** para los acusados.

Es en este punto donde la garantía de la doble instancia sirve a los fines del juicio justo y la actuación del TS resulta incompatible con la posibilidad de establecer una instancia única que impide cuestionar elementos relacionados con la valoración de la prueba y su traducción jurídica, que ni el TC ni el TEDH podría entrar a valorar.

La falta de garantías de la instancia única se manifiesta con toda su evidencia a la vista de la Sentencia recurrida que es un ejemplo de indeterminación de hechos, ausencia de argumentación sobre la relación entre la prueba y la inferencia efectuada por el Tribunal tras su valoración y, en definitiva, resulta una resolución que aprovecha la ausencia de una segunda instancia de revisión para ofrecer una descripción fáctica y argumentación relativa a la prueba muy defectuosa.

La Sentencia ofrece ejemplos flagrantes de dicho proceder. Se describen de forma vaga episodios de “violencia” que ni se concretan, ni se individualizan, ni se vinculan con el actuar de personas concretas, ni con los acusados, y ello se hace, por ejemplo, sin argumentar ni mencionar la existencia de periciales que cuestionan la existencia de cualquier lesión atribuible a las movilizaciones sobre las que se basa la condena. El Tribunal Supremo, como instancia única, configura artificialmente una realidad que no encuentra instrumento de impugnación efectivo en la jurisdicción ordinaria.

La falta de garantías de la jurisdicción de los “aforados” resulta aún más evidente cuando la causa se dirige frente a acusados que **no comparten los motivos que pueden dar lugar a un aforamiento especial** ante el Tribunal superior de la jurisdicción y que sólo se someten a él por reglas de conexidad o inescindibilidad de los hechos objeto de enjuiciamiento.

La apertura de Juicio Oral se hizo sin que los Sres. Junqueras y Romeva gozaran de ningún aforamiento, aplicando unas reglas de conexidad (no utilizadas para acumular otros procedimientos conexos) con los miembros de la Mesa del Parlament de Cataluña sobre los que finalmente se declinó jurisdicción y se hallan sometidos al TSJ de Cataluña.

Muchos otros imputados o acusados por los mismos hechos están siendo objeto de investigación o enjuiciamiento en instancias que sí permiten la revisión (no sólo los miembros de la Mesa del Parlament sometidos al TSJ de Cataluña, sino también los miembros de los Mossos sometidos a la Audiencia Nacional o los funcionarios investigados ante el Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona).

En cualquier caso, la excepción a la segunda instancia penal relativa al sometimiento al órgano jurisdiccional de la cúspide del sistema penal por razón de aforamiento (previsión implícita en el apartado 2º del artículo 2/P7 CEDH) resulta discutible porque mantiene la contravención explícita con los principios internacionales y no halla previsión legal en las reglas establecidas en la Constitución Española (artículo 71.3 CE).

De hecho, muchas víctimas, ante la negativa por parte de los tribunales internos a la doble instancia penal, se han visto obligados a acudir al Comité de Derechos Humanos en casos como *Capellades c. España* o *Terron c. España*, donde se

ha interpelado a España, de acuerdo con las obligaciones contraídas al ratificar el PIDCP, a adoptar las medidas legislativas necesarias para prevenir situaciones similares en el futuro. El Comité ha concluido que, si bien el mismo se remite a lo establecido en nuestra legislación interna, no supone esto dejar este derecho a discreción del legislador únicamente por lo que, en supuestos de aforados, los mismos deberían tener derecho a doble revisión.

En definitiva, el establecimiento de una instancia única de jurisdicción ordinaria se ha efectuado por fines estratégicos y de oportunidad, tal y como ha sido ya descrito, en contravención con el derecho al juez predeterminado y la necesidad de proteger el derecho a obtener la revisión del caso por un órgano superior.

Mis mandantes han denunciado desde el primer día la incompetencia del Tribunal Supremo, como consta acreditado en las actuaciones.

La existencia y obligatoriedad de planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones no protege el derecho alegado. Dicha nulidad se puede promover en virtud de cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, a fin de posibilitar que los Tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales puedan corregir lesiones constitucionales cuando éstas no hayan podido ser alegadas mientras el proceso se encontraba pendiente, ni tampoco mediante los recursos ordinarios o extraordinarios.

*El Tribunal Supremo, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, sobre el alcance y límites del incidente de nulidad de actuaciones ha declarado que **la nulidad no puede convertirse en un planteamiento de cuestiones ya planteadas con argumentos y contra argumentos**. No estamos ante un recurso de súplica en el que puedan reiterarse peticiones y motivaciones ya tratadas y respondidas y que obligue al Tribunal a una reconsideración de sus decisiones previas; o le proporcione otra oportunidad para exponer nuevas razones a añadir a las que se hicieron constar en la sentencia dictada.²³⁶*

El incidente fue introducido por la necesidad de reforzar el principio de subsidiariedad del amparo constitucional. Se quería arbitrar una oportunidad para que la jurisdicción ordinaria pudiese subsanar las posibles afectaciones de

²³⁶ Por todos el ATS 4944/2018.

derechos fundamentales. No es ni un recurso ni una nueva instancia, sino una excepción al principio de intangibilidad del fallo de las sentencias, que permite que el propio órgano que ha dictado una sentencia firme, con su misma composición, reconsidere la decisión a la vista de la alegación de violación de derechos fundamentales que antes no pudieron ser invocados. Parte de la doctrina critica el recurso y necesidad del incidente de nulidad, puesto que provoca un gran grado de inseguridad jurídica y su carácter no devolutivo vulnera los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

SÉPTIMO. - LIBERTAD

7.1 PRISIÓN ARBITRARIA

El establecimiento y mantenimiento en prisión preventiva de mis mandantes y su posterior condena ha conculcado su derecho a la libertad, valor supremo protegido en el artículo 17.1 CE, en el artículo 5.1 CEDH y preceptos análogos de todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

El derecho a la libertad no puede ser arbitrariamente restringido puesto que es un derecho *de la mayor importancia en una sociedad democrática*.²³⁷

Como se ha argumentado y se argumentará, la privación de libertad ha dado lugar a un efecto en cadena demoledor para la protección de derechos fundamentales, pues muchos de ellos se relacionan y no pueden ser analizados de forma singular o separada. La prisión de los Sres. Junqueras y Romeva, en los términos en que se dictó y se mantuvo, **lesionó un abanico de derechos extenso** de forma arbitraria e inmerecida que dependían del hecho de que mis mandantes pudieran vivir en libertad durante la tramitación del proceso.

No vamos a reiterarlo ahora, pero en el presente recurso ya se ha descrito cómo la prisión ha violado el derecho a la dignidad personal, a la defensa, a la participación y representación política, al proceso con garantías o juicio justo, etc. En sentido inverso, ha declarado también el TEDH que, *si una condena es*

²³⁷ STEDH Ladent c. Polonia, de 18 de marzo de 2008, §45.

*el resultado de un procedimiento manifiestamente contrario al artículo 6 o a los principios que propugna, la privación de libertad resultante no estaría justificada en los términos del artículo 5.1.*²³⁸

Tiene ahora la oportunidad este Excmo. Tribunal, analizando ya completamente todas las circunstancias concurrentes en el caso y no sólo las pocas y aisladas informaciones que han dado lugar a sus precedentes sobre la prisión provisional de mis mandantes, de establecer cómo la prisión provisional y la condena atentan contra el derecho a la libertad.

A) INICIAL ESTABLECIMIENTO DE LA PRISIÓN EN 2017

Los Sres. Junqueras y Romeva fueron detenidos y encarcelados el día 2 de noviembre 2017, decisión que se produjo en condiciones más que cuestionables por la Magistrada del Juzgado Central de Instrucción. Dicha decisión se tomaba a través de una **resolución judicial estereotipada**, basada en un **aparente análisis de hechos** (imposible de efectuar en ese momento inicial de la instrucción²³⁹), **sin valorar las circunstancias personales** de los investigados ni tener en cuenta las **denuncias de violaciones de derechos fundamentales** de las defensas y que constan en autos y han sido repetidamente denunciadas.

NI existía riesgo de fuga, ni de ocultación de pruebas, ni de reiteración delictiva, ni se hizo un análisis de indicios de criminalidad razonado por un órgano judicial competente, ni se ponderaron otros intereses y derechos en juego, ni las circunstancias personales de los investigados fueron tenidas en cuenta, ni se exploraron alternativas a la prisión provisional.

En la misma causa (en ese momento tramitada por dicho Juzgado Central de Instrucción, que era funcionalmente **incompetente**²⁴⁰) ya se había decretado la prisión provisional de los acusados Sres. Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, decisión calificada en el trámite de apelación por un Magistrado discrepante como de improcedente. Dicho Magistrado, en voto particular, pedía prudencia para

²³⁸ STEDH Stoichkov c. Bulgaria, de 24 de marzo de 2005, §51.

²³⁹ Sobre la necesidad de que una medida de prisión se fundamente en un verdadero análisis de los hechos que permita determinar el fundamento de la denuncia, la STEDH Stepuleac c. Moldavia, de 6 de noviembre de 2017, §73.

²⁴⁰ La incompetencia del órgano judicial que decreta la restricción de la libertad da lugar a la violación de tal derecho, como establece, por todas, la STEDH Yefimenko c. Rusia, 12 de febrero de 2013, §§ 109-111.

establecer los hechos, objetiva y plenamente, avisando que no podía desviarse la función judicial **ni guiarse por presunciones, subjetivismos y prejuicios** de los hechos.

El día 4 de diciembre 2017, habiendo sido la causa asumida ya por el TS (órgano asimismo **incompetente**), el Instructor confirmó la medida cautelar para el Sr. Junqueras y concedió la libertad provisional y bajo fianza al Sr. Romeva.

Este Excmo. Tribunal encontrará en sus propios antecedentes²⁴¹ una primera aproximación al análisis de conformidad a derecho de la prisión provisional de mis mandantes, aunque dichas resoluciones no abordan el tema en su complejidad al efectuar un razonamiento con abstracción de hechos posteriores al dictado de los autos iniciales de prisión y sin atender a todo el material que conforma las actuaciones penales. En todo caso conoce perfectamente la Sala que la decisión de convalidar dichas primeras resoluciones de prisión fue tomada, como mínimo, con la crítica de parte de los magistrados expresada en sus votos particulares.

Y es que la realidad es que todos los acusados han sido absueltos del delito sobre el que se basó su prisión provisional, la rebelión, y los indicios sobre los que descansaba dicha inicial decisión de prisión y las que la convalidaron ya en el TS (singularmente la existencia del documento *EnfoCats* que definía la responsabilidad de cada uno) ni tan siquiera han sido valorados en la Sentencia ni tenidos en cuenta.

Esta parte no puede dejar de mostrar la decepción con el hecho de que este Excmo. Tribunal pudiera valorar, en el análisis de razonabilidad de la prisión provisional y para el dictado de sus sentencias posteriores a la de la Sala Penal, la referencia al mencionado documento de tan cuestionable fiabilidad y legalidad que es totalmente descartado en la valoración de la culpabilidad de los acusados.

Las iniciales decisiones de prisión provisional fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional sin que se haya podido garantizar el **derecho a una "rápida revisión"** de la medida en el contexto de las solicitudes individuales presentadas

²⁴¹ SSTC de 28 de noviembre de 2019 y 13 de febrero de 2020 en los recursos de amparo 814/2018 y 3736/2018.

por los Sres. Junqueras y Romeva para cuestionar la legalidad de su detención y encarcelamiento (en los términos del artículo 5.4 CEDH).

En enero de 2019 se anunciaba en la prensa que, de forma inaudita, este Excmo. Tribunal había decidido **no analizar el recurso** del Sr. Junqueras **para no interferir** en la tramitación del procedimiento.²⁴² Es decir, que ante la situación (confirmada posteriormente) de que algunos miembros del TC podían manifestar opiniones favorables a la liberación del Sr. Junqueras, dicho TC había decidido aplazar su decisión y así facilitar que el TS pudiera dictar una condena, haciendo entonces irrelevante e inefectiva en la práctica cualquier resolución del recurso contra la prisión provisional.

Precisamente la finalidad exclusiva de recurrir la prisión provisional era interferir de alguna forma en la tramitación del procedimiento, es decir, forzar la liberación de un preso preventivo y la función de revisión había de ser garantizada de forma “rápida” (5.4 CEDH).

Dictada ya la condena y tras dos años de tramitación, los pronunciamientos confirmatorios de la prisión provisional dictados por este Excmo. Tribunal efectúan indebidamente una abstracción de los hechos favorables a mis mandantes sucedidos entre la formalización del recurso de amparo y su resolución, aunque valoran efectivamente hechos posteriores al dictado de la medida cautelar, incluso la existencia de una condena firme (por ejemplo, en la página 37 de la STC de 28 de noviembre de 2019).

Las **finalidades** que han utilizado magistrados y tribunales para mantener la prisión provisional han sido cambiantes y estereotipadas.

En el Juzgado Central de Instrucción se dictó prisión provisional por todos los motivos legales (riesgo de fuga, riesgo de reiteración delictiva y riesgo de ocultación de pruebas), pero rápidamente el Magistrado Instructor del TS redujo la finalidad legitimadora de la medida al riesgo de **reiteración delictiva**, diciendo que **no existía riesgo de fuga**. Con el paso del tiempo y ante la evidencia de la inexistencia de riesgo de reiteración delictiva, el Instructor varió sus resoluciones

²⁴² Se hacía eco de ello la prensa: https://www.eldiario.es/politica/Constitucional-decision-libertad-Junqueras-interferir_0_861963954.html

para adoptar entonces un nuevo riesgo de fuga y abandonar el de reiteración, y así hasta el mismo día de la condena.

La instrumentalización de la letra de la ley ha sido evidente mediante el recurso, cambiante y no fundamentado, a finalidades legitimadoras de la prisión provisional, no demostradas ni hábiles para justificar una medida tan excepcional.

Cuando la prisión estaba fundamentada en el riesgo de reiteración exclusivamente, ese riesgo estaba asociado exclusivamente (como ya se ha dicho) al mantenimiento de un ideario político y tal fin nos remitimos a lo ya manifestado en anteriores apartados.

En todo caso los tribunales no dieron oportunidad de demostrar²⁴³, mediante alternativas a la prisión, la inexistencia de ese riesgo de reiteración delictiva (basado, como ya se ha dicho en presunciones y argumentos vulneradores de derechos fundamentales) y cuando el Sr. Romeva estuvo en libertad demostrando precisamente la inexistencia de tal riesgo, fue nuevamente encarcelado aduciendo entonces otro tipo de riesgo.

Durante todo el procedimiento la reiteración delictiva se ha vinculado a una genérica obligación de comportamiento leal o de acatamiento de la legalidad, más que no a la existencia de indicadores de reiteración delictiva concretos, circunstancia que lesiona evidentemente el derecho que alegamos.²⁴⁴

Y, en definitiva, nunca existió, como se dijo hasta la saciedad durante la tramitación del proceso, la “violencia” que se estableció como elemento crucial de la decisión de encarcelamiento preventivo y que se vinculó en su día con la necesidad de evitar la “reiteración delictiva”.

Asume este Excmo. Tribunal en su STC de 28 de noviembre de 2019, para convalidar la prisión provisional, el hecho de que se previera por el Instructor la posible “remoción” o “relajamiento” de los obstáculos para ejercer los derechos políticos de los presos, pero **dicha modificación nunca sucedió**, hecho que este Excmo. Tribunal conocía al tiempo de dictar la Sentencia, más allá de la

²⁴³ Las trabas a la posibilidad de demostrar la inexistencia del riesgo que fundamenta la propia privación de libertad se critican en la STEDH Klinkenbuß c. Alemania, de 25 de febrero de 2016, §47, perfectamente aplicable por razón de analogía al caso presente.

²⁴⁴ Así se razona, por ejemplo, en el caso Schwabe, cit., §82.

inhabilidad de dicho argumento (como razona el Voto Particular discrepante en su página 14).

La inicial prisión provisional era arbitraria e injustificada y, en todo caso, **no era el único recurso efectivo** para el aseguramiento de las supuestas finalidades que perseguía, como más adelante declararía el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas.

Los tribunales deben efectuar una evaluación real de las alternativas a la privación de libertad, como ha sido declarado en el conocido caso *Selahattin Demirtaş*.

El respeto a la libertad no sólo se relaciona con el principio de legalidad, sino también con los principios de *certeza o previsibilidad, con el de proporcionalidad y el principio de protección contra la arbitrariedad*.²⁴⁵

B) RE-INGRESO EN PRISIÓN DEL SR. ROMEVA EN 2018

Sorprendentemente el mismo Magistrado Instructor del TS el día 23 de marzo de 2018 **ordenó de nuevo que el Sr. Romeva entrase en prisión** provisional en base a la alta penalidad del delito de rebelión, delito que no cometió y cuya imputación finalmente ha sido calificada de totalmente improcedente en Sentencia.

Aunque la detención y prisión preventivas no se pueden justificar exclusivamente en la gravedad del delito²⁴⁶, el Sr. Romeva fue nuevamente encarcelado por un supuesto riesgo de fuga derivado de la actuación de terceras personas, cuando en nuestro sistema únicamente se reconoce la responsabilidad por el hecho propio.

Todas las razones esgrimidas para la revocación de la libertad provisional del Sr. Romeva se basaban en suposiciones no relacionadas con la realidad y los hechos examinados en la causa, sin tener en cuenta que el Sr. Romeva **había cumplido a rajatabla todas las exigencias impuestas durante su libertad provisional**.

²⁴⁵ STEDH Enhorn c. Suecia, de 25 de enero de 2005, §36.

²⁴⁶ Así, por todas, STC 179/2011.

El riesgo de fuga ni existía inicialmente (como reconoció el Instructor en su inicial resolución) ni sobrevino posteriormente. Tiene declarado el TEDH que de conformidad con el 5.3 CEDH *cuando la única razón restante para una privación de libertad es el riesgo de fuga del acusado, éste **debe ser liberado a la espera de juicio si existen fórmulas de garantizar su comparecencia.***²⁴⁷

Es también doctrina constitucional unívoca y reiterada que el riesgo de fuga se reduce con el paso de tiempo en detención, perspectiva que adoptó ya el TEDH desde antiguo.²⁴⁸

El panorama no mejoró con la necesaria revisión de la medida que debía efectuar el Tribunal de enjuiciamiento durante la fase plenaria, que no supuso tutela alguna a los derechos de los acusados ni quiso efectuar un valiente abordaje de la búsqueda de alternativas al encarcelamiento preventivo.

El TS hizo lo que, en palabras del TEDH²⁴⁹, resulta contrario a la libertad, esto es, *confiar de forma esencial y rutinaria en la gravedad de la imputación* sin considerar otras medidas cautelares, hecho que supuso que, pese a que las finalidades de la prisión puedan considerarse atendibles, no pueden entenderse suficientemente válidas para justificar un encarcelamiento preventivo prolongado.

C) DECLARACIÓN DE ARBITRARIEDAD

En sus opiniones 6/2019 y 12/2019,²⁵⁰ el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU confirmó que **la detención del Sres. Junqueras y Romeva fue arbitraria.**

Conforme a sus párrafos 119 y 120, *la inexistencia del elemento de violencia y la ausencia de información convincente sobre hechos atribuibles a los Sres. Cuixart, Sanchez y Junqueras, que los involucren en conductas constitutivas de los delitos imputados, han generado la convicción en el Grupo de Trabajo de que las acusaciones penales en su contra tienen por objeto **coaccionarlos por sus opiniones políticas** en torno a la independencia de Cataluña e **inhibirlos a***

²⁴⁷ STEDH Merabishvili c. Georgia [GS], de 28 de noviembre de 2017, §223.

²⁴⁸ STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1968, §10.

²⁴⁹ STEDH Idalov c. Rusia [GS], de 22 de mayo de 2012, §145.

²⁵⁰ Pese a constar en la causa, una versión de los informes puede consultarse en https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session84/A_HRC_WGAD_2019_6.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

continuar con esa pretensión en el ámbito político y (...) las acusaciones penales (...) tuvieron por objeto justificar su detención como resultado del ejercicio de derechos a la libertad de opinión, expresión, asociación, reunión y participación política, en contravención de los artículos 18 a 21 de la Declaración Universal y los artículos 19, 21, 22 y 25 del Pacto, por lo que es arbitraria conforme a la categoría II.

El Tribunal de enjuiciamiento no hizo, a la vista de dicha declaración de arbitrariedad, ninguna revisión seria sobre la conveniencia del mantenimiento de la medida cautelar, más allá de confirmarla mediante una resolución sucintamente motivada, sin análisis de alternativas, pero los Estados no sólo tiene obligaciones negativas que les prohíben vulnerar derechos fundamentales, sino también **obligaciones positivas** que se concretan en la protección, dentro de su jurisdicción, contra cualquier interferencia ilegítima con los derechos de todo el mundo.²⁵¹

Los estados, y su poder judicial, no sólo deben evitar injerencias desproporcionadas en el derecho a la libertad, sino que deben **proteger y promover** dicho derecho.

La falta de respuesta de los tribunales nacionales a las instancias internacionales que han cuestionado la corrección y conveniencia de la prisión provisional ha sido generalizada. Ello también acabaría sucediendo respecto de la STJUE de 19 de diciembre de 2019 que determinaba la necesidad de decretar la libertad del Sr. Oriol Junqueras por mor de su inmunidad parlamentaria europea.

D) FINALIDADES NO PREVISTAS EN LA LEY

En consonancia con lo argumentado por esta parte y en las conclusiones de los tribunales y órganos internacionales reseñados, puede convenirse que la prisión provisional continuada de mis mandantes no se justifica en razones objetivas, sino que se vincula a hechos que razonablemente no podían ser configurados como delito sino, más bien, como ejercicio de derechos fundamentales. El establecimiento y mantenimiento de la medida persigue finalidades distintas de las que habilitan dicha restricción de la libertad deambulatoria.

²⁵¹ STEDH El-Masri c. Antigua República de Macedonia, de 13 de diciembre de 2012, §239.

Los actos que se atribuyen a mis mandantes, fuese cual fuese su traducción en términos jurídico-penales, estaban en gran medida relacionados con el **ejercicio de los derechos** garantizados por los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación) del CEDH y el desarrollo de **actividades de tipo político**²⁵² vinculadas a una materia de interés público.

Es este Excmo. Tribunal el que aclaraba (página 73 de su Sentencia de 28 de noviembre de 2019) que era previsible que el Sr. Junqueras, al no estar privado del derecho de sufragio pasivo, se presentase como candidato a comicios, tal es la evidencia de qué papel y significado tienen tanto el Sr. Junqueras como el Sr. Romeva para el panorama político catalán, español y europeo.

Resulta evidente que las medidas cautelares persiguieron un propósito contrario no sólo a los derechos directamente implicados (5 y 6 CEDH) sino en clara contravención con el artículo 18 CEDH. La finalidad de la medida cautelar ha sido siempre la de **reducir a mis mandantes al silencio** y de dicha medida cautelar se han extraído consecuencias irreparables y funestas, a saber, la suspensión de cualquier función política, el impedimento para el desarrollo de funciones parlamentarias y, en última instancia, el silenciamiento de todo un movimiento político a través del efecto desalentador causado (*chilling effect*).

Esa intención es más visible cuando traemos a colación la detención y prisión de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, como representantes de la sociedad civil catalana.²⁵³

Las actuaciones del TS atentatorias contra los derechos políticos de los acusados avalan dicha conclusión y *fumus persecutionis*, por la desproporción de la medida cautelar, su utilización como fórmula de anulación de mandatos representativos, sin respeto de las garantías de inmunidad o inviolabilidad, etc.

²⁵² Precisamente el Voto Particular discrepante a la STC de 28 de noviembre de 2019 recordaba que los delitos imputados y que dieron lugar a la medida cautelar estaban en conexión con el ejercicio de sus funciones representativas (página 14 del Voto Particular).

²⁵³ La organización Amnistía Internacional ha solicitado, por ejemplo, la liberación inmediata de los Sres. Sánchez y Cuixart cuestionando globalmente la condena impuesta por el TS desde la perspectiva de la protección de derechos humanos y fundamentales: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-la-condena-por-sedicion-a-jordi-sanchez-y-jordi-cuixart-una-amenaza-a-los-derechos-a-la-liber/>

7.2 DERECHO A PARTICIPAR EN EL JUICIO EN LIBERTAD

Como conoce este Excmo. Tribunal los Sres. Junqueras y Romeva han permanecido muchos meses en situación de prisión provisional, el Sr. Junqueras aproximadamente 2 años y el Sr. Romeva 1 año y medio. El primero ha visto transformada la medida cautelar en pena de prisión firme, mientras que el segundo, en situación de libertad provisional, fue encarcelado nuevamente y afrontó la vista en prisión provisional.

El hecho de que la prisión preventiva fuese mantenida durante todo (Junqueras) o la mayor parte (Romeva) del procedimiento, sobre todo durante la fase de enjuiciamiento, afectó al derecho a la defensa en cuanto a la **necesidad de garantizar un mínimo tiempo de preparación** de la estrategia defensiva, así como las **debidas condiciones** de afrontamiento de las graves acusaciones vertidas contra los acusados. La presente perspectiva se enmarca, por tanto, en una lesión tanto de los artículos 17 y 24 CE como de los artículos 5 y 6 CEDH, más allá de otras referencias convencionales aplicables.

Como ya se ha demostrado, la medida cautelar de encarcelamiento no se basaba en requisitos legales ni finalidades atendibles, ni efectuaba una debida ponderación de derechos ni un análisis de alternativas de aseguramiento. La prisión provisional se presenta, por tanto, como una forma de contribuir a una situación de desaliento (*chilling effect*) del disfrute de derechos humanos, así como para controlar y anular cualquier actividad política de los acusados.

Uno de los problemas de la medida cautelar es la indebida o inexistente ponderación sobre el respeto al derecho a la defensa, a la autodefensa y a un proceso con todas las garantías.

Durante la mayor parte del procedimiento los acusados fueron encarcelados en la prisión de Estremera, a más de 700 kilómetros de los domicilios de sus familias y de sus abogados, sin posibilidad de participar activamente y en condiciones en las tareas de defensa; posteriormente fueron encarcelados en la prisión de Lledoners, a 1 hora de Barcelona.

Sin embargo, durante el juicio oral, fueron trasladados a la prisión de Soto del Real en Madrid, nuevamente a 700 kilómetros de sus familias y abogados (pese

a la solicitud razonada efectuada de que el Juicio Oral pudiera celebrarse en Barcelona).

La indefensión fue acentuada por la dinámica de celebración de las sesiones del Juicio Oral, establecidas con mucha frecuencia y en sesiones de mañana y tarde. Con ello **se impedía que acusados y abogados pudieran preparar el trabajo** de la vista de juicio del día siguiente, sin posibilidad de efectuar reuniones de trabajo con los clientes durante el Juicio Oral debido a la impresionante carga de trabajo diaria (sesiones que acababan hacia las 19:00 o incluso 20:00 horas para reanudarse al día siguiente). A ello debe sumarse el hecho de que los acusados eran trasladados desde prisión a través de conducciones penitenciarias en condiciones precarias, habiéndose de levantar hacia las 5:00-6:00 horas de la mañana para acudir todo el día a la sede del TS, volviendo a prisión tarde (20:00 horas) **sin posibilidad de debido descanso**, y ello durante muchísimas sesiones seguidas.

Existe incluso una posible afectación del derecho previsto en el artículo 3 CEDH por las condiciones de afrontamiento de las sesiones del juicio oral, soportadas exclusivamente por la necesidad de los acusados y sus equipos de defensa de finalizar con el enjuiciamiento precisamente para poder superar esa situación de estrés. Sabe perfectamente este Excmo. Tribunal, por ser hechos notorios y públicos, que las condiciones de traslado de mis mandantes a los centros penitenciarios se produjeron en ocasiones con malos tratos de agentes de policía y comentarios vejatorios, sobre todo durante los primeros días de su detención.²⁵⁴

La solicitud de la defensa para relajar las condiciones de dureza de dicha agenda o su debida previsión para organizar las labores del equipo de defensa (el calendario de sesiones no fue fijado de antemano sino “sobre la marcha”) fueron rechazadas u obviadas y calificadas de “estrategia dilatoria”. Las condiciones de defensa han sufrido mucho por estos hechos puesto que ni acusados ni abogados estaban en condiciones de hacer una **defensa adecuada y efectiva**.

²⁵⁴ Las noticias fueron ampliamente difundidas sobre todo al tiempo del inicial encarcelamiento de mis mandantes, con relación a la causación de heridas en el traslado y trato vejatorio, como muestras las noticias publicadas en https://www.elespanol.com/espana/20171104/259474268_0.html y en https://elpais.com/ccaa/2017/11/03/catalunya/1509713939_837145.html.

El TS no ha tenido en cuenta la carga de trabajo de los abogados y avisaba de una semana para la otra de las pruebas que iban a ser practicadas en la vista.

El artículo 24 CE consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, así como la prohibición de la indefensión. La indefensión se origina cuando **se limitan los medios o condiciones de defensa** a una de las partes sin que le sean directamente imputables las causas de dicha privación o limitación y ello también puede hacer a través de la restricción de la libertad protegida en el artículo 17 CE y 5 CEDH.

Como ha reiterado el Tribunal Constitucional *la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o **minoración sustancial del derecho de defensa**; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.*²⁵⁵

Como decimos, se suma al análisis del respeto a la libertad personal la perspectiva relacionada con el artículo 6 CEDH.

Como se ha insistido ya, *los investigados deben tener la oportunidad de **organizar su defensa de forma apropiada y sin restricciones** para poder ofrecer cualquier elemento relevante de defensa ante el Tribunal que pudiera influir en el resultado del proceso.*²⁵⁶

Un juicio “apresurado” (*hasty trial*) puede infringir el juicio justo si se hace a *expensas de los derechos procesales de una de las partes.*²⁵⁷

Desde un punto de vista de protección de los derechos fundamentales de los acusados, aplicando el principio de excepcionalidad y de restricción de cualquier medida cautelar severa y a la vista de las condiciones también excepcionales en las que debía desarrollarse el juicio oral, resulta evidente que la ponderación que debía efectuar el TS y que rechazó pese a la insistencia de las partes era la de **establecer garantías alternativas** que aseguraran la presencia de los acusados

²⁵⁵ Por todas, la STC 40/2002.

²⁵⁶ STEDH Gregačević c. Croacia, cit..

²⁵⁷ STEDH OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011.

en el juicio oral pero que no implicaran su encarcelamiento. No hacerlo así ha supuesto un gravamen inmerecido sobre los acusados e innecesario desde el punto de vista de la administración de justicia.

El TS ha determinado con sus decisiones sobre las condiciones de afrontamiento del proceso y del juicio oral, una limitación desproporcionada del derecho a la defensa efectiva y a la autodefensa, que se acumula a las vulneraciones del artículo 6 CEDH ya apuntadas, generando desigualdad de armas, dando lugar a un escenario de desprotección intolerable.

7.3 DERECHO A UNA RÁPIDA Y EFECTIVA REVISIÓN JUDICIAL DE LA DETENCIÓN

Los Sres. Junqueras y Romeva desde la fecha de su encarcelamiento preventivo (2 de noviembre 2017 y 23 de marzo de 2018, respectivamente), no tuvieron a su disposición un mecanismo ágil y efectivo de revisión de la medida cautelar impuesta que fuera compatible con las garantías del artículo 5.4 CEDH.

Según el artículo 5.4 CEDH, *toda persona privada de libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. Ese derecho debe garantizar un análisis judicial que sea sensible a la existencia de cambios en los motivos que llevaron en su día a establecer la medida cautelar, debe ser un recurso, en suma, efectivo.*

Cualquier revisión judicial debe implicar un análisis concreto y adaptado al caso, que sea contradictorio y con participación del interesado, en igualdad de armas con las acusaciones²⁵⁸.

En tal sentido, la medida cautelar de prisión debería ser revisada periódicamente durante la fase de instrucción, la fase intermedia y en fase plenaria, y resulta difícilmente homologable con el CEDH un sistema o una práctica, como la que se produce en el sistema judicial español, en que dicha revisión judicial no esté

²⁵⁸ Según la STEDH Moreen c. Alemania [GS], de 9 de julio de 2009, §124, *los procedimientos llevados a cabo en virtud del artículo 5 § 4 de la Convención ante el tribunal que examina un recurso contra la detención deben ser contradictorios y siempre deben garantizar la "igualdad de armas" entre las partes, el fiscal y la persona detenida.*

sujeta a obligación, dejándose en manos exclusivamente de la iniciativa del procesado o del acusado.

En el caso que nos ocupa el sistema de revisión de la legalidad y la conveniencia de la prisión provisional, más allá de un formalista remedio disponible para las partes en el proceso, **no fue efectivo**.

Todas las solicitudes de libertad efectuadas durante la instrucción y el plenario han sido rechazadas por **razones genéricas y estereotipadas**²⁵⁹, sin análisis de las circunstancias personales de mis mandantes, y sin estudio de ninguna alternativa de aseguramiento diferente de la prisión, basándose reiteradamente en una imputación de rebelión absurda desde un punto de vista técnico (como así se determina en Sentencia).

No sólo debe existir un recurso efectivo para discutir la conveniencia o legalidad de la prisión, sino también un recurso para discutir su **duración**.²⁶⁰

La prisión provisional ha sido una medida instalada tácticamente para finalidades distintas de las que prevé el ordenamiento y, significativamente, las que atentan contra los derechos civiles y políticos ya denunciados. Ha sido una **prórroga cuasi-automática** de la prisión provisional.²⁶¹

Durante el juicio oral, incluso ante la **aparición de hechos nuevos de extrema relevancia** para el análisis de conveniencia de la prisión (declaración de arbitrariedad de la detención por el Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria de Naciones Unidas o existencia de inmunidad parlamentaria), el TS ha mantenido la prisión provisional sin ofrecer razones suficientemente sólidas. Los autos del Tribunal por los que se mantenía la medida cautelar no expresaban ninguna razón por la que entender que resultaba justificada la medida, ni se valoraban racionalmente los elementos vinculados a la inexistencia de cualquier riesgo de fuga o reiteración delictiva, ni la existencia de alternativas que pudiera cumplir

²⁵⁹ *Las autoridades nacionales deben examinar todos los hechos relativos a la existencia de un interés público que justifique, con total respeto a la presunción de inocencia, un apartamiento de la regla de respeto a la libertad individual y deben expresarla en sus decisiones. Los argumentos en favor y en contra de la libertad no pueden ser "generales y abstractos" sino referidos a hechos concretos y circunstancias personales concretas que justifiquen la privación de libertad, según STEDH Aleksanyan c. Rusia, de 22 de diciembre de 2008, §179.*

²⁶⁰ STEDH J.N. c. Reino Unido, de 19 de mayo de 2016, §77.

²⁶¹ Dicho automatismo atenta contra la garantía del artículo 5.3 según STEDH Tase c. Rumanía, de 11 de junio de 2008, §40.

con el fin de garantizar la presencia de los acusados en el Juicio Oral. En cualquier revisión no es suficiente que las autoridades cumplan sólo de manera formal con la ley.

La arbitrariedad de la decisión y la ineffectividad del remedio procesal resulta evidente, por ejemplo, en el Auto de 1 de julio de 2019, donde el TS explícitamente (y con vulneración de la inmunidad parlamentaria) utiliza la prisión provisional para no dejar que el Sr. Junqueras pueda ejercer su mandato representativo en el Parlamento Europeo. El TS deniega un permiso de salida al Sr. Junqueras para que no pueda disfrutar de su inmunidad y, así, asegurar precisamente el mantenimiento de la medida cautelar, incluso contradiciendo anteriores decisiones del mismo TS como la que sí permitió al Sr. Junqueras completar los trámites para acceder a la condición de Diputado del parlamento español.

Cualquier cuestionamiento de la decisión ha resultado infructuoso puesto que el remedio, un recurso contra la situación de prisión o la solicitud de libertad, no resulta efectivo por la existencia de una interpretación legal contra al Protocolo de Inmunidades que ha prejuzgado toda la actuación del TS.

Analizando si durante el desarrollo del juicio oral se han respetado elementos fundamentales de un juicio justo, independiente e imparcial, el Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria de Naciones Unidas se manifestó convencido de que la privación de libertad de mis mandantes se llevó a cabo en detrimento de garantías fundamentales del debido proceso y fue motivada por finalidades políticas, sin que esta parte haya tenido recurso efectivo para dar efectividad a esa decisión internacional.

La inédita doctrina creada mediante el Auto del TS de 14 de mayo de 2019 que excluye el suplicatorio en protección de la inmunidad de diputados y senadores es, nuevamente, síntoma de la inexistencia de un recurso efectivo para discutir la privación de libertad.

Huelga decir que el artículo 5.4 CEDH también se aplica cuando, después de una condena, *surgen nuevos motivos que afectan la legalidad de una detención*²⁶². En nuestro caso, después de la STJUE de 19 de diciembre de 2019

²⁶² STEDH Etute c. Luxemburgo, de 30 de enero de 2015, §§ 25 and 33.

se bloqueó cualquier posibilidad de revisar la legalidad de la detención del Sr. Junqueras, porque el caso fue tratado por el mismo TS sin posibilidad de articular una solicitud de *habeas corpus* que fue inadmitida *a limine* por el Juzgado del partido judicial competente.

Cualquier solicitud de revisión de la medida cautelar se ha tenido que efectuar, en fase plenaria, ante el mismo Tribunal de enjuiciamiento, sin posibilidad de recurso devolutivo y la evidente **falta de efectividad y celeridad de la tutela constitucional** ha quedado también demostrada mediante la tardanza en la resolución de los recursos de amparo interpuestos contra las decisiones de prisión, aplazados en su deliberación y resueltos tras la extinción de la medida cautelar después de 2 años de haberse formulado.

7.4 INMUNIDAD Y LIBERTAD

El TJUE ha definido en exclusiva la naturaleza y alcance de las inmunidades reguladas en el Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea (PPI) y en su Sentencia de 19 de diciembre de 2019 en el asunto prejudicial C-502/2019 (la STJUE) anuda **inmunidad y libertad** de forma inequívoca.

El mantenimiento del Sr. Junqueras en prisión no respeta ni su inmunidad ni los términos de la STJUE, con violación del artículo 17 CE y derechos convencionales equivalentes, puesto que el análisis de compatibilidad con la ley debe hacerse no sólo con la ley nacional sino también con otros estándares legales, como por ejemplo el derecho internacional o europeo.²⁶³

Más allá de declarar la vulneración del derecho en la Sentencia definitiva que dicte este Excmo. Tribunal, a través del mecanismo interesado del artículo 56 LOTC debería decretar este Excmo. Tribunal la liberación del Sr. Junqueras, así como, por mor de la nulidad de la condena, la de todos los demás condenados incluido el Sr. Romeva.

Según el TJUE la inmunidad del artículo 9.II PPI implica la *posibilidad de dirigirse sin impedimentos a la primera reunión de la nueva legislatura* (STJUE §85) y lo vincula con el respeto al derecho contenido en el artículo 39 CDFUE.

²⁶³ Así se establece, por ejemplo, en STEDH Pirozzi c. Bélgica, de 17 de abril de 2018, §§45-46.

Dicha inmunidad se aplica a los eurodiputados desde la proclamación de su elección (§87).

En la misma línea se asegura que la prisión provisional no puede obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento Europeo de dirigirse a la reunión del Parlamento Europeo (STJUE §90).

Y el TJUE concluye (STJUE §92) que, *a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder al tribunal remitente que la existencia de la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión implica el **levantamiento de la medida de prisión provisional** impuesta a la persona que goza de tal inmunidad, al objeto de permitirle desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas. Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo.*

El contenido de la interpretación “extensiva y absoluta” de la inmunidad (STJUE §92) resulta de una claridad diáfana atendidos los significados que se extraen del diccionario de la RAE: La inmunidad **implica** (“lleva consigo”) **el levantamiento** (“cese”) de la **medida** (“disposición”) de prisión provisional. Si el tribunal la quiere mantener **tras** (“después de”) la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo ha de solicitar al Parlamento Europeo que **suspenda** (“detenga o difiera”) la **inmunidad**.

En palabras del TEDH *es inconcebible que en un Estado de Derecho alguien continúe en prisión a pesar de la existencia de una resolución ordenando su liberación.*²⁶⁴

Que la inmunidad es incompatible con la realidad del encarcelamiento es de sentido común si no se quiere vaciar de contenido la prerrogativa y atentar contra su esencia misma. De no entenderse así, quedaría al albur del órgano

²⁶⁴ STEDH Assanidze c. Georgia [GS], de 8 de abril de 2004, §173.

jurisdiccional la posibilidad de suspender la inmunidad, facultad que sólo tiene el Parlamento Europeo.

La compatibilidad entre inmunidad y prisión resultaría una contradicción insalvable del propio argumentario de la STJUE, puesto que la inmunidad *debe garantizar que el Parlamento Europeo tenga total capacidad de cumplir las misiones que le han sido atribuidas* (STJUE §76) y protege su composición fiel al voto ciudadano.

El TJUE sólo ofrece dos soluciones a la controversia planteada: (i) dejar a mi mandante desplazarse al Parlamento Europeo o bien (ii) mantener la prisión solicitando el suplicatorio, puesto que el Parlamento Europeo es el único órgano que puede suspender la inmunidad.

Por tanto, incluso desde el erróneo entendimiento de la compatibilidad entre prisión y suplicatorio, se mantenía la necesidad de pedir dicha autorización al Parlamento Europeo de tal forma que el Sr. Junqueras **habría seguido disfrutando de su inmunidad, y lo habría hecho en libertad en el caso de que dicha institución europea hubiera denegado la autorización para afectar a su libertad.**

Si la inmunidad protegía frente a la medida cautelar de prisión provisional *a fortiori* habría de hacerlo frente a cualquier situación de prisión por condena, y ello requería de la suspensión de tramitación del procedimiento o de la suspensión de la ejecución de toda pena, como esta parte ha defendido de acuerdo con la concepción clásica de los efectos suspensivos inmediatos del reenvío prejudicial y conforme a la doctrina *Marra*.

Esta defensa promovió una cuestión prejudicial vinculada a la protección de derechos fundamentales. El Auto de planteamiento del TS abandonó ese enfoque, pero el TJUE recondujo la controversia al terreno de los **derechos fundamentales** en sus planteamientos a las partes y decidió en tal sentido.

Y no podemos olvidar que el impacto en el haz de derechos va incluso más allá del de representación y participación políticas, puesto que la afectación al Sr. Junqueras determina efectos negativos tanto para su libertad deambulatoria (mantenimiento indebido de su encarcelamiento), como para su libertad de expresarse como ciudadano y representante político (imposibilidad de

expresarse en sede parlamentaria y de forma ordinaria en libertad) y su prerrogativa de protección frente a la acción judicial (inmunidad como fórmula de protección del representante político frente a la acción judicial).

La respuesta que ha dado el TS a la aplicación de la STJUE resulta inasumible por el simple hecho de **no reflejar argumento alguno** que permita a las partes conocer qué valoración se ha efectuado con relación a la protección de derechos fundamentales.

Es incontestable que el TJUE ha establecido que el Sr. Junqueras **ha de ser puesto en libertad para poder cumplimentar los trámites posteriores a su designación** como eurodiputado. Esta obligación es ineludible. Pero las decisiones del TS dejan sin remedio la irregular situación creada.

El TS determina con su opción de no atribuir ningún efecto útil a la STJUE la pérdida absoluta de vigencia del derecho fundamental de participación y representación política del artículo 23 CE²⁶⁵ y seguramente por ello la resolución de 9 de enero de 2020 dictada a raíz de la decisión sobre el reenvío prejudicial **evita tratar sobre derechos fundamentales** y, mediante la determinación del “efecto cero” supone una vulneración flagrante de los derechos fundamentales civiles y políticos del Sr. Junqueras.

El TS sostenía su decisión de no poner en libertad a mi mandante en el hecho de que éste se encuentra ya penado, lo que conlleva la imposibilidad de continuar en su condición de eurodiputado. Sin embargo, esta posición no atiende al hecho de que la Sentencia condenatoria fue dictada en contravención con la garantía de inmunidad del eurodiputado Junqueras, hecho contrario al derecho de la Unión.

El TS afirma que estaba habilitado para continuar con el procedimiento penal contra el eurodiputado Junqueras, puesto que el párrafo primero letra a) del artículo 9 del PPI establecía que los eurodiputados tenían *en su propio territorio*

²⁶⁵ El derecho de participación política también se encuentra reconocido en el artículo 39 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 3 del protocolo 1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y ampliado en la Observación nº25 sobre Participación en los Asuntos Públicos y Derecho al Voto del Comité de Derechos Humanos. Como se argumenta en el presente escrito la lesión de derechos se produce, también, respecto de muchos otros que son también enumerados.

*nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país. En este sentido el TS afirmaba que en el derecho interno español el alcance de la inmunidad tiene sus perfiles acotados normativa y jurisprudencialmente. No opera ni en fase de ejecución, ni en fase de recurso ni, en general, desde que está abierto el acto del juicio oral. Sin embargo, esta aproximación jurisprudencial que **no se encuentra recogida expresamente en ninguna norma** del ordenamiento jurídico español, colisiona a nuestro juicio con la normativa de la Unión Europea aplicable y sólo encuentra apoyo en el Auto dictado **por el TS en el presente procedimiento** (Auto de fecha 14 de mayo de 2019) sin ningún apoyo legal ni precedente, no sólo necesario para la restricción de derechos fundamentales, sino determinante de una total imprevisibilidad de la respuesta judicial.*

El artículo 9 párrafo primero del PPI debe interpretarse en el sentido de que el contenido mínimo de la inmunidad de los eurodiputados allá donde se encuentren, incluye la **imposibilidad de adoptar ningún tipo de medida de detención y de actuación judicial** reconocida para los eurodiputados en el párrafo primero, letra b) del artículo 9 PPI. Estaría fuera de toda lógica que la inmunidad prevista para los eurodiputados que se encuentren en el territorio de un Estado Miembro diferente del que es nacional (art. 9, párrafo primero, letra b), fuese más amplia que la que tendría en el Estado del que es nacional (art. 9, párrafo primero, letra a). En consecuencia, cualquier actuación nacional que restringiese el contenido mínimo de la inmunidad de los eurodiputados sería contraria al derecho de la Unión Europea y por lo tanto vulneraría el principio de primacía.

Además, el encarcelamiento de un cargo electo o la realización de actuaciones judiciales en su contra, lo que le impediría ejercer las funciones para las que fue elegido, debe ser considerada una **limitación del derecho de sufragio pasivo**, a no ser que cumpla con los requisitos previstos en la normativa europea e internacional y que han sido confirmados por la jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH. El TJUE acordó en el caso *Delvigne*²⁶⁶ que el artículo 52(1) de la CDFUE permite limitaciones a los derechos previstos en el artículo 39(2) CDFUE **solamente** cuando dichas limitaciones han sido previstas en una **ley**

²⁶⁶ STJUE *Delvigne* de 6 de octubre de 2015, asunto C-650/13, EU:C:2015:648.

previa, con respeto a la **esencia de los derechos** y libertades con sujeción al principio de **proporcionalidad**, siempre que **sea necesario** para los objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o la protección de los derechos y libertades de otros. En el caso que nos ocupa, como ya se ha señalado, el hecho de que en España no opere la inmunidad a los parlamentarios ni en fase de ejecución, ni en fase de recurso ni, *en general*²⁶⁷, desde que está abierto el acto del juicio oral no se encuentra previsto expresamente en ninguna ley.

El PPI debe interpretarse en el sentido que para suspenderse la inmunidad y por lo tanto tener en prisión a un eurodiputado o realizar actuaciones judiciales contra esta persona **requerirá siempre de una autorización previa por parte del Parlamento Europeo**. Y la STJUE confirma esa interpretación de forma clara.

Así pues, mantener a una persona en prisión o continuar las actuaciones judiciales una vez ha adquirido la condición de eurodiputado sin la autorización del Parlamento Europeo implica una **vulneración de su inmunidad**. Esta interpretación concuerda perfectamente con la Sentencia *Marra*²⁶⁸ cuando establece de manera clara que la inmunidad prevista en el artículo 9 **implica la paralización de las actuaciones judiciales contra un eurodiputado**, sin que en dicha sentencia ni de la lectura de la legislación europea se prevea ninguna excepción a dicha interpretación. El TJUE afirmó en la citada Sentencia que *cuando el juez nacional considera que el citado diputado disfruta de la inmunidad prevista por el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, ese juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la acción ejercitada contra el diputado europeo afectado*.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial sobre el estatuto y el alcance de la eventual inmunidad del Sr. Junqueras, por lo que era plenamente conocedor de la posibilidad de que éste podría ser considerado eurodiputado y podría estar protegido por la inmunidad que les corresponde a los miembros del Parlamento Europeo. Por ello, el Tribunal Supremo **debería haberse abstenido de realizar ningún tipo de actuación**

²⁶⁷ La modalización que efectúa en su razonamiento el Tribunal Supremo mediante el uso de la partícula “en general” de la afirmación de la falta de necesidad de suplicatorio durante el plenario es indicativa de la falta de seguridad de dicha doctrina, a juicio de esta parte.

²⁶⁸ STJUE *Marra* de 21 de octubre de 2008, asuntos C-200/07 y C-201/07.

judicial contra el Sr. Junqueras, incluido dictar sentencia, a la espera de la resolución del TJUE para así dejar lugar para la efectividad del pronunciamiento interesado, es decir, la libertad anudada a la inmunidad.

Nos hallamos ante un conjunto de obligaciones claras que deberían llevar al Tribunal Supremo, en primer lugar, a poner inmediatamente en libertad al Sr. Junqueras para completar las formalidades previstas para los eurodiputados y ejercer de manera efectiva sus funciones, tomar posesión de su escaño, así como, a proceder a la anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 (Causa especial núm. 20907/2017).

El Tribunal Constitucional tiene ahora la responsabilidad y obligación de actuar en tal sentido y, caso de mantener alguna duda sobre el alcance de la inmunidad europea en todo aquello que no hubiera sido expresamente resuelto por la STJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto *Junqueras*, habría de formular cuestión prejudicial en los términos del artículo 267 TUE y de acuerdo con el siguiente planteamiento:

Cuestión Prejudicial nº3: *¿El mantenimiento en prisión y la continuación de un proceso penal contra el eurodiputado electo Oriol Junqueras sin efectuar una solicitud de levantamiento de su inmunidad al Parlamento Europeo, independientemente de la fase en que se halle dicho procedimiento pero antes del dictado de una Sentencia que analice su culpabilidad, deben ser considerado contrario a lo que prevé el artículo 9 del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea, el artículo 39 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 3 del Protocolo Adicional nº1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y de conformidad con lo que dispone la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-502/2019)?*

Cuestión Prejudicial nº4: *¿La existencia de un pronunciamiento judicial del TJUE relativo a la necesidad de ordenar la libertad provisional del eurodiputado electo Oriol Junqueras para acudir al Parlamento Europeo y la tramitación de un suplicatorio en aplicación del artículo 9 del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea (Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/2019) obliga al órgano judicial nacional competente para analizar la legalidad de su privación de libertad (incluso si se trata del*

Tribunal Constitucional) a decretar dicha libertad y solicitar el suplicatorio, incluso cuando la privación de libertad ha sido posteriormente transformada en pena firme de prisión sin esperar a la resolución de la cuestión prejudicial por el tribunal que la planteó, y de acuerdo con los artículos 6, 39 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 5, 6 y 3/P1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950?

OCTAVO. - PRETENSIÓN QUE SE FORMULA

En consideración a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito de recurso de amparo esta parte solicita del Tribunal que:

- 1) Otorgue el amparo solicitado.
- 2) Reconozca expresamente el derecho de mis mandantes a la igualdad con prohibición de discriminación, a la proscripción de tratos inhumanos y degradantes, a la libertad ideológica, a la libertad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión, a la reunión, a la participación y representación políticas, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a obtener una resolución fundada en derecho, a la utilización de medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal previstos en los artículos 14, 15, 16.1, 17.1, 17.4, 18.1, 18.3, 18.4, 20.1, 21.1, 23, 24.1, 24.2 y 25.1 CE, derechos que habrían sido vulnerados por las resoluciones recurridas.
- 3) Declare la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 recaída en la Causa Especial 20907/2017, del Auto aclaratorio de 18 de noviembre de 2019, así como del Auto de 29 de enero de 2020 de la misma Sala desestimatorio del incidente de nulidad interpuesto contra la Sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento en el que se produjo la violación de derechos fundamentales a fin de que por el órgano jurisdiccional que produjo tal violación se proceda al restablecimiento del derecho vulnerado.
- 4) Ordene la inmediata libertad de mis mandantes como consecuencia del otorgamiento del amparo solicitado.

NOVENO. - PROCEDENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO

I.- Los derechos que se entienden violados son de los protegidos mediante recurso de amparo constitucional, según dispone el artículo 53.2 CE y el artículo 41.1 LOTC, pues están recogidos en los artículos 14, 15, 16.1, 17.1, 17.3, 17.4, 18.1, 18.3, 18.4, 20.1, 21.1, 23, 24.1, 24.2 y 25.1 CE.

II.- Mis mandantes se hallan legitimados en esta causa por haber sido parte en el proceso judicial anterior (artículo 46.1.b LOTC).

III.- Las violaciones se imputan a resoluciones judiciales, por lo que esta parte acredita: Que se han agotado los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria (artículo 44.1.a LOTC); y que se ha invocado la lesión de los derechos fundamentales incluso a través de incidente de nulidad, y que no se han respetado los derechos a la igualdad con prohibición de discriminación, la proscripción de tratos inhumanos y degradantes a la libertad ideológica, a la libertad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión, a la reunión, a la participación y representación políticas, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a obtener una resolución fundada en derecho, a la utilización de medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal.

IV.- El recurso se ha presentado dentro de los 30 días siguientes al de la fecha en que se notificó a esta parte el Auto de 29 de enero de 2020 por el que se desestimaba el previo incidente de nulidad (artículo 44.2 LOTC).

V.- Se ha dado cumplimiento al artículo 49.1 LOTC, al haber expuesto con la debida claridad los hechos de esta reclamación, así como su fundamentación jurídica, haberse concretado qué derechos se han violado y establecido claramente cuál es la pretensión formulada en este recurso y la trascendencia constitucional del recurso.

VI.- Se acompañan los documentos que requiere el artículo 49.2 LOTC, poniéndonos a disposición del Tribunal por si hubiera que acompañarlos por testimonio del original.

VII.- Se ha dado cumplimiento al artículo 81 LOTC al estar representada esta parte por la Procuradora compareciente, según se acredita mediante el ya indicado poder que se acompaña (artículo 49.2.a LOTC) y estar asistida por el Letrado del Ilre. Colegio de Abogados de Barcelona, Sr. Andreu Van den Eynde Adroer.

VIII.- Cualquier referencia efectuada en el presente recurso a medio de prueba y documentos lo es al contenido de las actuaciones de la causa principal que deberá ser recabada en el trámite previsto en el artículo 51.1 LOTC o bien se refiere a hechos notorios o de público conocimiento no necesitados de prueba alguna.

Por todo ello,

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUPlico que habiendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, y tenerme por comparecido y parte en la acreditada representación que ostento y, en su día, tras la práctica de los trámites legales establecidos, otorgue el amparo solicitado en los términos de las pretensiones que han sido anteriormente formuladas.

OTROSÍ DIGO PRIMERO: REENVÍO PREJUDICIAL

En méritos del artículo 267 TUE rogamus que, al analizar los motivos de impugnación, se dé lugar a ellos y, caso de existir alguna duda sobre la vigencia o interpretación del derecho de Unión imprescindible para la resolución del recurso, se formule el oportuno reenvío prejudicial en los términos de las preguntas ya avanzadas en el desarrollo de los anteriores motivos y, concretamente, las siguientes:

Cuestión prejudicial nº1 (con relación al apartado 6.4): *¿Debe interpretarse el artículo 7.2 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, en relación con los artículos 6, 47 y 48 de la Carta de*

Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que se opone a una decisión del Tribunal Supremo de España que deniegue la petición de incorporar al sumario la información existente en otros procedimientos judiciales relacionados intrínsecamente con los hechos enjuiciados en la causa ante el Tribunal Supremo, lo que impide a la defensa analizar si existe información o documentación útil y proponerla como prueba, teniendo en cambio en cuenta que todas las acusaciones han tenido acceso y conocimiento de toda la información de esos otros procedimientos y por lo tanto han tenido la oportunidad de incorporar pruebas documentales, así como solicitar otras pruebas contra los acusados provenientes de esos procedimientos o basadas en la información contenida en esos procedimientos?

Cuestión prejudicial nº2 (con relación al apartado 6.14): *¿Se opone el artículo 4.1 de la Directiva 2016/343 al conjunto de declaraciones emitidas por miembros del gobierno español, cargos de la administración del Estado y cargos electos como diputados del Congreso de los diputados y eurodiputados españoles, que señalan a los investigados como autores de diversos delitos enjuiciados en el litigio principal?*

Con relación al apartado 7.4:

Cuestión prejudicial nº3: *¿El mantenimiento en prisión y la continuación de un proceso penal contra el eurodiputado electo Oriol Junqueras sin efectuar una solicitud de levantamiento de su inmunidad al Parlamento Europeo, independientemente de la fase en que se halle dicho procedimiento pero antes del dictado de una Sentencia que analice su culpabilidad, deben ser considerado contrario a lo que prevé el artículo 9 del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea, el artículo 39 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 3 del Protocolo Adicional nº1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y de conformidad con lo que dispone la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-502/2019)?*

Cuestión prejudicial nº4: *¿La existencia de un pronunciamiento judicial del TJUE relativo a la necesidad de ordenar la libertad provisional del eurodiputado electo Oriol Junqueras para acudir al Parlamento Europeo y la tramitación de un*

suplicatorio en aplicación del artículo 9 del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea (Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/2019) obliga al órgano judicial nacional competente para analizar la legalidad de su privación de libertad (incluso si se trata del Tribunal Constitucional) a decretar dicha libertad y solicitar el suplicatorio, incluso cuando la privación de libertad ha sido posteriormente transformada en pena firme de prisión sin esperar a la resolución de la cuestión prejudicial por el tribunal que la planteó, y de acuerdo con los artículos 6, 39 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 5, 6 y 3/P1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950?

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

El artículo 56.1 LOTC establece, por norma, que la interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados. No obstante, dicha regla se somete a excepción en los puntos 2 y 3 del mismo artículo 56 LOTC, de conformidad con los cuales procede la suspensión total o parcial de los efectos del acto o sentencia impugnado cuando ello *produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad*. Todo ello condicionado obviamente a que *la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona*.

A dicha figura prevista en el artículo 56.2 LOTC le son aplicables, como principios generales, los que gobiernan cualquier institución de suspensión cautelar de los efectos de una resolución definitiva, es decir, los principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Y esta parte cree que el caso que nos ocupa es el paradigma de una situación acreedora de la citada suspensión, por cuanto los efectos derivados de la Sentencia discutida suponen efectivamente un perjuicio irreparable para los recurrentes, así como para la sociedad en general y existen poderosas razones

para entender que los motivos de impugnación reclaman de un análisis preliminar que motive la suspensión de la ejecución reclamada

La doctrina sentada por el presente Tribunal en materia de suspensión de penas privativas de libertad y penas accesorias de inhabilitación contenida en el ATC 95/2019, de 23 de julio, ATC 34/2016, de 15 de febrero y ATC 198/2014, de 21 de julio, determina como elementos fundamentales a valorar la gravedad de la perturbación que para el interés general tiene la suspensión de la ejecución de una pena, los siguientes:

- Magnitud del interés general en la ejecución y trascendencia social
- Duración de la pena impuesta y tiempo restante de cumplimiento
- Riesgo de eludir la justicia
- Posible desprotección de las víctimas

Trasladando dicha doctrina al caso concreto y efectuando un ejercicio de ponderación respecto de los distintos elementos a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la suspensión, nos encontramos con que efectivamente resulta imprescindible paralizar los efectos derivados de la Sentencia recurrida antes de resolver sobre el fondo del asunto ya que las consecuencias derivadas de la ejecución de la misma resultarían irreparables, debiendo destacar de forma especial la vulneración del derecho a un juicio justo, la vulneración del derecho a la libertad y el derecho a la participación y representación política de mis mandantes.

Por lo que respecta al elemento de la “posible desprotección de las víctimas”, nada se dirá al respecto al no resultar aplicable al caso, más allá de lo que pudiera argumentarse con relación a los delitos de los que se deriva responsabilidad civil que, como obra en autos, está actualmente afianzada completamente.

- a) Magnitud del interés general en la ejecución y trascendencia social

Mediante el criterio del análisis del interés asociado a la ejecución de la condena o la trascendencia social de su ejecución o suspensión, este Excmo. Tribunal debe evaluar cuál es el resultado de la ponderación entre el interés social vinculado a la ejecución de la condena y la necesidad de la protección de

derechos fundamentales en evitación de un daño irreparable, daño que puede también estar vinculado con la protección de intereses sociales o derechos fundamentales de la ciudadanía.

Y a juicio de esta parte los dos elementos cruciales para efectuar la ponderación que se reclama tienen que ver con dos temas de extrema importancia que concurren en el caso que nos ocupa: en primer lugar, la existencia de una condena que contradice de forma flagrante las propias capacidades de enjuiciamiento y la existencia misma de la jurisdicción, por mor de las excepciones que constituyen la **inmunidad y la inviolabilidad** de parlamentarios nacionales y europeos; y, en segundo lugar, la existencia de un inédito y gravísimo ataque a los **derechos de participación y representación política**, que se proyecta sobre la ciudadanía misma mucho más allá de los derechos titularidad de mis mandantes.

Tal como se ha expuesto ya en el cuerpo de la presente demanda, el Tribunal de enjuiciamiento acordó la **continuación del procedimiento sin emitir los preceptivos suplicatorios dirigidos al Congreso y al Senado** respectivamente, aunque mis mandantes fueron elegidos Diputado y Senador, permitiendo así la continuación de la causa en clara violación de la garantía de inmunidad de que gozaban los Sres. Junqueras y Romeva que, como es sabido, supone un límite absoluto a la jurisdicción.

Hasta tal punto se prosiguió en la tramitación de la causa penal que posteriormente se dictó la Sentencia de fecha 14 de octubre de 2019 por la cual se condena a mis mandantes por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos a la pena de prisión e inhabilitación absoluta de 13 y 12 años, respectivamente.

La tesis del TS según la cual existe un límite temporal a la efectividad de la inmunidad en lo atinente a la necesidad de recabar el suplicatorio resulta contraria a la letra de la ley (751.II y 753 LECr y 22.1 del Reglamento del Senado) y aparece como una doctrina novedosa y *ad hoc*.

Pero es que, además, a la omisión de la solicitud de autorización a las Cortes se añade la **indebida omisión de la solicitud de suplicatorio al Parlamento Europeo contrariando la STJUE de 19 de diciembre de 2019 en lo que**

respecta al Sr. Junqueras, demostrativa de la existencia de una interpretación de la ley restrictiva de derechos fundamentales e indebida.

Al respecto, cabe subrayar como la resolución dictada por el TJUE resulta totalmente explícita tanto en relación al reconocimiento de la inmunidad parlamentaria del Sr. Junqueras como a los efectos de la misma.

El TJUE expresa en su primera conclusión (STJUE §87) que *debe considerarse que **goza de inmunidad** en virtud del artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión **una persona que, como el Sr. Junqueras Vies, ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión.***

Y como segunda conclusión se establece (STJUE §92) que, *a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder al tribunal remitente que la existencia de la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión **implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta a la persona que goza de tal inmunidad, al objeto de permitirle desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas.** Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo.*

De conformidad con lo anterior, el órgano judicial puede solicitar la tramitación del suplicatorio previsto en el Protocolo europeo de inmunidades, pero ello tras el levantamiento de la medida cautelar de prisión tal y como la STJUE afirma en su párrafo 92.

Por tanto, incluso desde el erróneo entendimiento de la compatibilidad entre prisión y suplicatorio, se mantenía la necesidad de pedir dicha autorización al Parlamento Europeo, único órgano competente en la materia, de tal forma que

el Sr. Junqueras **habría seguido disfrutando de su inmunidad, y lo habría hecho en libertad en el caso de que dicha institución europea hubiera denegado la autorización para afectar a su libertad.**

Existe, aún, otro límite a la jurisdicción que tiene que ver con la indebida desatención a la protección de la inviolabilidad parlamentaria que se proyecta sobre mis mandantes y sobre otros acusados que han sido sancionados por acciones desarrolladas en el ámbito de la producción normativa parlamentaria o el dictado de resoluciones como parlamentarios.

Hay, por tanto, tres excepciones a la jurisdicción que han sido indebidamente soslayadas por lo que la decisión de este Excmo. Tribunal tiene que tener en cuenta que la discusión en sede de suspensión cautelar se basa en una radical incompetencia y falta de jurisdicción para dictar la condena, debiéndose garantizar la vigencia de las inmunidades e inviolabilidades descritas.

Pero a todo ello debe añadirse que, en el juicio de ponderación que debe efectuar el Tribunal, no puede obviarse que la Sentencia es la cristalización de numerosos ataques a los derechos de participación y representación política de mis mandantes que se inician con su indebida inhabilitación como representantes políticos, con prohibición de participar en campaña, suspensión de funciones, impedimentos para la tramitación de su condición de parlamentarios, con abuso e injustificado mantenimiento de la prisión provisional, y todo ello relacionado con su actividad política.

La lesión del derecho de los ciudadanos a que sus representantes políticos ejerzan sin interferencias las tareas que les son propias, hace decantar la balanza hacia la protección de unos intereses que quedarían destruidos con el mantenimiento de la ejecución de las penas impuestas.

Así pues, en aras a evitar mantener una irreparable vulneración que se viene produciendo desde el mismo nombramiento de mis mandantes como Senador (Sr. Romeva) y como Diputado y posteriormente europarlamentario (Sr. Junqueras), siendo que tanto en uno como en el otro caso la emisión de suplicatorio resulta preceptiva y la resolución del mismo NO es competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resulta necesario salvaguardar el derecho a la inmunidad de mis mandantes con carácter urgente mediante la

suspensión de la ejecución de la Sentencia, redundando todo ello en el propio orden democrático y protegiendo el haz de derechos que se contiene en el artículo 23 CE.

b) Duración de la pena impuesta y tiempo restante de cumplimiento

En cuanto a la duración de la pena, si bien como regla general se viene aceptando la suspensión de penas privativas de libertad de hasta 5 años, incluso de superarse dicha penalidad se ha acordado excepcionalmente la suspensión de la prisión y medidas de inhabilitación al ponderar los distintos elementos a tener en cuenta, tal como ha sucedido en los siguientes casos: condenas de seis años (AATC 1260/1988, 202/1997, 253/1997, 229/1995 y 235/1999), siete años (AATC 105/1993; 126/1998; 305/2001; y 78/2002), ocho años (ATC 125/1995), once años (ATC 312/1995) y hasta doce años (ATC 112/1998).

Nuestra discusión parte, no obstante, de una situación que no se proyecta sobre una concreta calificación jurídica o valoración probatoria aislada, sino sobre la esencia misma de la función jurisdiccional, limitada por las garantías de los representantes políticos. En tal circunstancia resulta relativamente relevante el análisis de la penalidad impuesta.

Así pues, atendiendo al impacto que está provocando la ejecución de la Sentencia dictada, sobre todo en la protección de los derechos a la libertad y a la participación y representación política, así como los demás factores que se discuten, entendemos que en el caso de autos resulta absolutamente necesario acordar la suspensión interesada tanto de la pena de prisión como de la pena de inhabilitación.

Al respecto debemos añadir que el Sr. Junqueras ha pasado ya más de 2 años en prisión y el Sr. Romeva cerca de los dos años sin poder ejercer de forma efectiva sus respectivos cargos (el Sr. Romeva como Senador y el Sr. Junqueras primero como Diputado y después como Europarlamentario), con lo cual teniendo en cuenta el tiempo mínimo que pueda transcurrir hasta la resolución de la demanda principal de amparo, los mismos ya habrían cumplido 1/3 parte de la condena, siendo la privación de libertad, tal como la doctrina de este Alto Tribunal ha venido reconociendo, una situación de carácter irreparable.

c) Riesgo de eludir la justicia

En cuanto al riesgo de eludir la justicia, no existen hoy día datos objetivos que avalen el riesgo analizado, sino todo lo contrario.

Aparte del hecho que existen múltiples medidas alternativas a la prisión para asegurar la no sustracción de mis mandantes de la justicia, tal como se reconoce en los votos particulares emitidos en los recursos de amparo 814-2018, 2327-2018, 3736-2018, la actitud en concreto de mis mandantes, los cuales se han presentado siempre voluntariamente cuando han sido requeridos por los tribunales (en el caso del Sr. Romeva incluso después de haber estado ya en prisión provisional), así como sus circunstancias personales, teniendo ambos absoluto arraigo en la Comunidad de Catalunya con sus respectivas parejas e hijos (menores de edad), descartan el riesgo de fuga que en otros casos pueda apreciarse.

Además, es hecho público y notorio que ambos recurrentes han efectuado salidas del centro penitenciario dentro de sus respectivos planes de tratamiento por aplicación del sistema previsto en el artículo 100.2 RP, retornando sin problemas al centro para el cumplimiento de sus respectivas condenas.

d) Daño irreparable y efectividad del sistema de protección de derechos fundamentales: artículo 34 CEDH.

La tramitación de los recursos de amparo que hasta el momento han sido presentados contra las decisiones de prisión provisional han sido resueltos con posterioridad a la extinción de la medida y con una demora cercana a los dos años. En tales circunstancias la previsión de la resolución del recurso de amparo que ahora se plantea podría arrojarnos a un escenario funesto desde la perspectiva de protección efectiva de derechos fundamentales.

Tal y como establece el artículo 34 CEDH *las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz del derecho a solicitar protección del TEDH*, por lo que rogamus que se valore tanto en la resolución de la demanda principal como en sede de suspensión cautelar los efectos que una demora en la resolución del presente procedimiento podría tener para la vigencia y respeto de los derechos fundamentales implicados a fin de que la jurisdicción

pueda **proporcionar un remedio efectivo** para dicha defensa, tanto en esta vía constitucional como en la de protección de los derechos humanos.

Este Tribunal Constitucional en todo aquello que atañe a una situación de privación de libertad debe procurar ejercer sus funciones de conformidad con la **garantía de celeridad** ínsita en la protección del artículo 5.4 CEDH, que también resulta de aplicación en esta concreta instancia y jurisdicción puesto que es, precisamente, la instancia previa al acceso a la jurisdicción del TEDH que no puede bloquearse por mor del referido artículo 34 CEDH (por todas, la STEDH Kavala c. Turquía, de 10 de diciembre de 2019, §184).

En su virtud,

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUPLICO que acuerde tomar en consideración la posibilidad de formular cuestión prejudicial en los términos expresados en el presente recurso para el caso de precisarlo para el análisis de los motivos y argumentos formulados y, asimismo, suspenda la ejecutividad de la sentencia condenatoria de fecha 14 de octubre de 2019 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Causa Especial 20907/2017 así como la de las penas de prisión e inhabilitación impuestas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 LOTC hasta la resolución de la demanda de amparo formulada a fin de evitar un daño irreparable a los derechos civiles y políticos implicados, tanto los de los recurrentes como los de aquellas personas que a través de ellos ejercen su derecho de participación política.

En Barcelona para Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Ldo. Andreu Van den Eynde

Proc.