

## LA SENTENCIA: ASPECTOS CUESTIONABLES

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

1. Es frecuente que los Tribunales, especialmente cuando la declaración de hechos probados o su calificación jurídica no es pacífica, lleguen a acuerdos sobre el fallo antes de redactar la Sentencia, alterando así en mayor o menor medida el procedimiento cronológico de afirmar los hechos primero, calificarlo jurídicamente después y absolver o condenar a las penas correspondientes a los acusados finalmente y como consecuencia de la aplicación de las normas. Que eso ha pasado en la Sentencia del Procés ofrece pocas dudas. Si, además, consideramos la alta probabilidad de un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la consideración de los miembros de la Sala de que una unanimidad da más fuerza a la decisión por lo que debían evitarse los votos particulares, todavía resulta más indiciario el método seguido. Y eso se nota y mucho en la estructura de la Sentencia, en la redacción de los hechos, en la calificación jurídica de los mismos y en el fallo a las condenas como consecuencia de todo ello. El Tribunal, por otra parte, no podía independizarse -si se me permite tal expresión- de la significación política e histórica de su decisión. Se ha dicho que ésta era la sentencia más importante de la Democracia española después de la del 23-F. En mi opinión, la trascendencia de ésta supera con creces la de la que condenó por rebelión militar la toma del Congreso y el despliegue de tanques por las calles de València. Entonces la crispación política estaba completamente superada, y nadie con un mínimo de sentido iba a discutir la condena a las penas más graves a los principales acusados. La Sentencia, en fin, no iba a tener mayor repercusión política que la completa superación de una triste etapa de la Historia de España. Nada que ver con la significación del presente pronunciamiento judicial. Y los Magistrados han sido perfectamente conscientes de ello.

2. No es posible, en el espacio de una columna, analizar técnicamente los múltiples aspectos de la Sentencia. Eso queda para los trabajos que, con el suficiente tiempo y espacio, contengan estudios en profundidad. El presente comentario se limitará, por ello, a destacar lo que, a mi juicio, resulta más llamativo y alcanza mayor significación.

Y, en ese sentido llama ciertamente la atención que el juicio de tipicidad; esto es, el análisis de la calificación empiece en el folio 253, tras la proclamación de los Hechos Probados que comienza, por cierto, por la publicación en el BOGC de las conocidas como Leyes de Desconexión y de Referéndum, aprobadas por el Parlament los días 6 y 7 de septiembre de 2017 y que se detienen especialmente en los acontecimientos ocurridos ante la Conselleria de Economía el 20 de ese mismo mes y, por supuesto, en la celebración del Referéndum declarado ilegal el 1 de octubre. Tal descripción da paso a casi doscientos folios dedicados a responder las cuestiones de vulneración de derechos fundamentales planteadas por las defensas. Son rechazadas con especial cuidado y argumentación jurídica. Pese a eso; pese a que, sin duda, serán con toda probabilidad objeto central de recurso ante el Tribunal Constitucional y, sobre todo, el Europeo de Derechos Humanos, no me parece que constituyan un aspecto nuclear del pronunciamiento. Quizá haya sido el empecinamiento de la Sala en separar en el tiempo la celebración de las pruebas testifical y documental el que mayor relevancia haya podido tener: así, no resultaba fácil ponderar el grado de fiabilidad o, si se prefiere,

veracidad de la declaración de cientos de testigos cuyas afirmaciones habrían sido fácil e instantáneamente contrastables de haberse visionado los soportes que registraban los hechos declarados, tales como las actuaciones de unos y de otros en las jornadas clave del 20 de septiembre y del 1 de octubre.

También son importantes las cuestiones planteadas en torno a la eventual vulneración del derecho al juez imparcial predeterminado por la Ley, especialmente la de la competencia del propio Tribunal, que éste termina resolviendo de manera ciertamente curiosa: la adquisición de la condición de parlamentarios por algunos de los acusados, que vino seguida de su anulación por el propio Tribunal. No creo necesario dedicar espacio a la negación del “derecho a decidir”, no porque no se trate de cuestión importante sino antes el contrario porque constituye la razón última de todos los acontecimientos y porque parece evidente su no inclusión en el Derecho español. Ni, por su obviedad, a la vulneración del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia que ha supuesto la situación durante dos años a la prisión provisional.

3. Mucha mayor atención merecen, en este momento y en mi opinión, los juicios de tipicidad y de autoría. La Sala rechaza la acusación por rebelión y por organización criminal -ésta formulada por una acusación popular cuya presencia merecería un comentario específico y que bien podría dar lugar a su cuestionamiento ante un Tribunal internacional-.

Los hechos no son constitutivos de un delito de rebelión. Y ello porque no puede afirmarse la presencia de la violencia, que constituye un elemento esencial del tipo. La Sala no acepta, pues, los argumentos de la querrela que construyó el Fiscal De la Maza y que han defendido de manera frenética los representantes de la Fiscalía del Estado. Se afirma; eso sí, la concurrencia de diversos actos de violencia física y, sobre todo, compulsiva en distintos hechos que han tenido lugar durante los acontecimientos que han acompañado los hechos juzgados. Y se hace especial mención, otra vez, de los del 20 de septiembre de 2017: *Se trataba de movilizaciones que desbordaron los límites constitucionales del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación y que crearon el ambiente coactivo e intimidatorio necesario para obligar a la Policía Judicial a desistir del traslado de los detenidos al lugar en que iba a practicarse, por orden judicial, la entrada y registro. La necesidad de una protección física de los funcionarios comisionados por el Juez de instrucción núm. 13 de Barcelona, asumida en el caso de los incidentes ante la Consejería de Economía por los Mossos, es un hecho acreditado. Pero, se afirma a continuación: La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes.*

El Tribunal formula, por otra parte, unas consideraciones muy importantes en torno a la potencialidad efectiva de los hechos para lesionar o, al menos, crear un riesgo relevante para el bien jurídico, que no es otro que la Constitución; potencialidad que niega tajantemente: *Bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del Boletín Oficial del Estado que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución*

*a la Comunidad Autónoma de Cataluña. (...)Pese al despliegue retórico de quienes fueron acusados, es lo cierto que, desde la perspectiva de hecho, la inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la prometida independencia era manifiesta.*

La rebelión es, dogmáticamente, un delito de consumación anticipada y de peligro. Eso debe excluir de su ámbito de aplicación conductas, como las juzgadas, que carecían de la necesaria relevancia para suponer un riesgo real para el bien jurídico. No se daba, pues, la exigencia fundamental del tipo objetivo.

Probablemente resulte más sorprendente la negación por parte de la Sala del tipo subjetivo: por la falta de una voluntad efectiva de hacer realidad alguno de los fines establecidos por el art. 472 del C.P. (...). Los procesados al mismo tiempo que presentaban el referéndum del día 1 de octubre como expresión del genuino e irrenunciable ejercicio del derecho de autodeterminación, explicaban que, en realidad, lo que querían era una negociación directa con el Gobierno del Estado. Se induce, por tanto, de lo afirmado que todas las actuaciones juzgadas tenían como finalidad reforzar la posición del Govern de Catalunya en una hipotética negociación directa con el Gobierno del Estado.

4. De los argumentos utilizados por el Tribunal para negar la calificación jurídica de rebelión, además de la ausencia de la necesaria violencia estructural, es preciso destacar la escasa trascendencia que parece dar a los hechos para romper la unidad de España y derogar la vigencia de la Constitución en una parte del territorio nacional. Por si fuera poco, ni siquiera era esa la intención de los acusados. Todo iba dirigido a lograr una negociación con el Gobierno del Estado español.

Los hechos, sin embargo, son constitutivos, de acuerdo con la Sentencia, de un delito de sedición. Para realizar tal afirmación, el Tribunal modifica por completo; al menos en mi opinión, su forma de razonar. Se parte de la base de que “ambos preceptos -rebelión y sedición- se encuentran en una relación de subsidiariedad expresa, recogida en la propia definición contenida en el art. 544. Ello le permite, haciendo descansar además su opinión en propuestas doctrinales y, sobre todo, en la posición sistemática de ambos preceptos, afirmar que la aparente insignificancia de los hechos para afectar a la Constitución no impide que sean considerados relevantes para afectar al bien jurídico tutelado por la sedición: el orden público, que se vería afectado a través de un “movilizar a la ciudadanía en un alzamiento público y tumultuario que, además, impide la aplicación de las leyes y obstaculiza el cumplimiento de las decisiones judiciales”.

En mi opinión no es convincente que la diferente posición sistemática y la distinta rúbrica de ambas figuras convierta la sedición en un delito tan sustancialmente distinto de la rebelión que permita reducirlo a un delito contra el orden público: es decir, a una especie de desórdenes públicos cualificados. Las penas que prevé van desde uno -en el caso de que la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública- a quince años, si el autor es autoridad. De ahí deben inducirse al menos dos reflexiones: el abanico penal es vastísimo y no puede ser aplicado sin una atención muy afinada a la trascendencia real de las conductas; es más, no resiste un análisis desde el

punto de vista de la proporcionalidad: con mucho menos margen, el Tribunal Constitucional anuló la condena a la Mesa de HB precisamente porque el tipo que se les aplicó no ponderaba la gravedad de los hechos para determinar la pena, lo que consideró contrario al principio de proporcionalidad. Y, en segundo lugar, el tipo exige que, aunque no haya violencia, se produzca un alzamiento público y tumultuario. Y justo ahí reside la especial trascendencia de la figura.

El Tribunal, lejos de considerar ahora que las conductas carecen de relevancia para afectar al sistema constitucional, centra su atención en el impedimento a la aplicación de las leyes y al ejercicio de las funciones. Y, claro, aquí van a adquirir especial trascendencia unos hechos que están lejos de ocupar un lugar preferente en el proceso independentista y a los que, desde el primer momento, se les ha otorgado una relevancia, a mi juicio, absolutamente desproporcionada: los que tuvieron lugar el 20 de septiembre ante la Conselleria de Economía: se resalta que la Letrada del Juzgado de Instrucción 13 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tuvo que abandonar el lugar por una vía ciertamente extraordinaria, si bien había podido desempeñar su función. Probablemente haya sido éste el único acto aparentemente violento de todo el proceso. Pero no resulta en modo alguno acreditado que fuera subsiguiente a un alzamiento público y tumultuario. Y aun en el supuesto de que se pudiera admitir la concurrencia de tal requisito típico no aparece manifiesta, en ningún caso, la intervención de todos los acusados, más allá de la presencia física de Cuixart y Sánchez -que pidieron la disolución de la manifestación- y la posterior llegada de Junqueras a la Conselleria de la que era titular.

Con todo, son los hechos que más nos acercan a una sedición. De ahí que hayan adquirido un protagonismo en el relato muy superior al que les corresponde en la cadena de acontecimientos del proceso independentista. El Tribunal extiende la responsabilidad a todos los acusados en virtud de la admisión de un concierto de voluntades que comprendería éste y el resto de acontecimientos. El fundamental sería, en buena lógica, el de la celebración, el 1 de octubre, del referéndum ilegal. Que se produjo después de todo tipo de advertencias del Tribunal Constitucional y, por supuesto, del Gobierno de España. Pero, de nuevo, habríamos de preguntarnos, por el carácter público y tumultuario de un alzamiento que básicamente consistió en esperar y oponerse a la intervención policial que pretendió impedir la votación, y a ser, por cierto, destinatarios directos de, ahora sí, una violencia física desmedida. Y por la intervención de todos los acusados.

El Tribunal relata, con precisión, las diferentes conductas de cada uno de los acusados llevadas a cabo con la intención de sustituir la legalidad española por la de la autodenominada República Catalana. Y las penas que impone, por sedición, en buena medida son proporcionales a la relevancia de las mismas. De ahí, por ejemplo, la gravedad de la condena de la Presidenta del Parlament, Carme Forcadell, pues debió no admitir a trámite las leyes de desconexión y referéndum, así como numerosos actos parlamentarios: su intervención, fundamentalmente omisiva, fue, por ello, decisiva, lo que justifica, a decir de la Sala, 11 años de prisión. Eso parece poco discutible. Sin embargo, sí lo es la concurrencia en estos supuestos del alzamiento público y tumultuario. ¿Puede una decisión de la Mesa del Parlament ser así calificada? Por mucho que, en

bastantes ocasiones, las sesiones del Parlament se hayan alejado en gran medida del debate pacífico, no parece serio vincular su dirección con el tumulto.

Por todo eso debió justificarse mejor la aplicación de la sedición a todos los acusados. Muchos de los supuestos relatados como hechos probados encontrarían mejor acomodo en otros preceptos como la desobediencia -si se quiere contumaz- o la usurpación de competencias -si bien por ésta no venían acusados-. Y de la coherencia del Tribunal con los argumentos empleados para el rechazo de la rebelión, que comparto, podría haberse desprendido la consecuencia de considerar el tipo atenuado de sedición. No parece suficiente la afirmación de que el bien jurídico tutelado por ambas figuras es completamente distinto, porque ello es discutible y porque unas conductas que pretenden sólo mejorar la posición para forzar una negociación con el Gobierno del Estado, aunque en realidad aparenten sustituir una legalidad por otra y supongan la organización de una consulta -conducta que siendo en su día constitutiva de delito, fue destipificada- puedan conllevar penas tan graves.

5. La Sentencia me parece, por fin, técnicamente impecable por lo que hace a la consideración de los delitos de malversación, en concurso medial con la sedición, y de desobediencia. Así como la desestimación del período de seguridad en la ejecución de la pena, en virtud del cual, los condenados no podrían alcanzar el tercer grado penitenciario hasta el efectivo cumplimiento de la mitad de la privación de libertad. El argumento es impecable: el fundamento de tal medida es evitar la reiteración en el delito, y tal reiteración resulta incompatible con la pena de inhabilitación absoluta que les ha sido impuesta.

6. En resumen: la Sentencia es, pese a aspectos aquí señalados, técnicamente correcta, aunque debería haber argumentado, en caso de que fuera posible, su opción por la sedición y por la imposición de penas de tanta duración sin haber hecho uso de preceptos del Código que las habrían reducido. Y me parece endeble la acreditación de la intervención de todos los condenados en un alzamiento público y tumultuario. Tampoco resultan coherentes las fundamentaciones que rechazan la rebelión en virtud de la insignificancia para el sistema constitucional de las mismas conductas que determinan una gravedad suficiente para justificar penas tan graves por sedición. Como tampoco lo es que se niegue la primera por ausencia de violencia estructural y se afirme la segunda en virtud de la concurrencia en todos los casos de un alzamiento público y tumultuario. Y me parece digna de cuestionamiento la constitucionalidad de la figura de sedición, al menos en su vigente regulación, porque permite -incluso obliga a ello- la imposición de penas absolutamente desproporcionadas a hechos de relevancia discutible. En otro lugar he expresado mi opinión que me parece pertinente reiterar aquí: el Derecho penal es la peor de las soluciones para los conflictos políticos. Y negar la realidad conduce inexorablemente a ser devorado por ella.

