



**INFORME DE OBSERVACIÓN
SOBRE LA CAUSA ESPECIAL
NUM. 20907/2017 DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

Los autores de este informe son **Mercè Barceló i Serramalera e Iñaki Rivera Beiras**, miembros de International Trial Watch.

Este informe ha sido posible gracias al trabajo de los y las relatoras de International Trial Watch: **Rachele Stroppa, Joan Baeza Morral y Laura Moreno Yuste**.

Agradecimientos:

Desde ITW queremos agradecer, en primer lugar, a los miles de ciudadanos y ciudadanas anónimas que, con sus donaciones, han hecho posible este proyecto. En segundo lugar, a todas las personas voluntarias que han hecho cola en la puerta del Tribunal Supremo para que los observadores y observadoras pudieran entrar como público, puesto que el Tribunal no les reconoció ningún status. En tercer lugar, a las entidades que nos han dado apoyo y han hecho difusión de nuestro proyecto. En cuarto y último lugar, a las decenas de observadores y observadoras que, sin ninguna remuneración, han venido desde todo el mundo para participar en esta tarea de observación, monitorización y denuncia.



Barcelona, a 9 de julio de 2019

International Trial Watch, plataforma de observación de la causa especial 20907/2017, emite el presente informe en el momento en que dicha causa ha quedado vista para sentencia.

El objeto de este informe es el juicio oral celebrado ante el Tribunal Supremo, aunque se han tenido también en cuenta elementos que derivan de la fase de instrucción e investigaciones prospectivas que arrancan de 2012.

Las consideraciones producto de esta observación se agrupan en dos bloques: las referidas a los aspectos sustantivos de la causa y las relativas a los aspectos procesales.

A este informe se han adherido las siguientes organizaciones:

- *ACDDH – Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans (Barcelona)*
- *AED – Avocats Européens Démocrates/European Democràtic Lawyers*
- *ALAZ – Asociación Libre de Abogados y Abogadas de Zaragoza (Zaragoza)*
- *Antigone – Associazione per i diritti e le garanzie nel sistema penale (Italia)*
- *APDHA – Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (Andalucía)*
- *CELS - Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)*
- *CDDT – Centro de Documentación y Denuncia de la Tortura (Madrid)*
- *Col.lectiu.Praga (Barcelona)*
- *Erabakizaleak – Juristas por el Derecho a Decidir (País Vasco)*
- *Esculca, observatorio galego para a defensa dos dereitos civís e as liberdades públicas (Galicia)*
- *Giuristi Democratici (Italia)*
- *IDHC – Institut de Drets Humans de Catalunya (Barcelona)*
- *Irídia – Centre per la Defensa dels Drets Humans (Barcelona)*
- *Novact – Instituto Internacional por la Acción Noviolenta (Barcelona)*
- *OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (Barcelona)*
- *Salhaketa Nafarroa (Navarra)*

ÍNDICE

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS *pág. 9*

A. CUESTIONES COMUNES:

1. Las derivadas de la causa

- a) La despenalización de los referéndums ilegales
- b) El principio de intervención mínima del derecho penal
- c) Los elementos básicos de los delitos de rebelión y sedición

2. Las derivadas del juicio oral

- a) Interpretación de los tipos penales en presencia de derechos fundamentales
- b) Chilling effect de los interrogatorios de las acusaciones en materia de derechos fundamentales
- c) Falta de proporcionalidad entre la gravedad de los cargos de la acusación y la prueba practicada en juicio

B. CUESTIONES ESPECÍFICAS:

1. Participación en reuniones y manifestaciones públicas y, en ocasiones, convocatoria de las mismas: los casos de J. Cuixart y J. Sànchez

- a) Base fáctica de la acusación
- b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral
- c) Escritos de conclusiones definitivas
- d) Cuestiones jurídicas

2. La tramitación de diferentes resoluciones y leyes, declaradas después inconstitucionales, por quien estaba provista de inviolabilidad parlamentaria en ejercicio de sus funciones parlamentarias: el caso de C. Forcadell

- a) Base fáctica de la acusación
- b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral
- c) Escritos de conclusiones definitivas
- d) Cuestiones jurídicas

3. La organización de un referéndum de autodeterminación y la persecución penal de ideas políticas: el caso de O. Junqueras, J. Forn,

J. Turull, R. Romeva, J. Rull, y D. Bassa.

- a) Base fáctica de la acusación
- b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral
- c) Escritos de conclusiones definitivas
- d) Cuestiones jurídicas

II. ASPECTOS PROCESALES *pág. 27*

1. El juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH)

2. La fragmentación de las investigaciones judiciales

3. La imparcialidad del Tribunal en relación al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE y 6.1 CEDH)

4. El derecho a la igualdad de armas procesales (arts. 24.2 CE y 6.1 y 3 CEDH)

5. El derecho de defensa y el principio de contradicción (art. 24.2 CE y 6.1 y 3 CEDH)

- a) La imposibilidad de contar con el tiempo y medios para la defensa
- b) La realización de sesiones extenuantes por su larga duración
- c) La arbitraria alteración del orden de declaración de los testigos
- d) El orden de la práctica de la prueba
- e) La limitación de los interrogatorios
- f) La protección de algunos testigos

(de la acusación) por parte de la presidencia

6. El derecho a la práctica de la prueba (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH)

- a) El interrogatorio de los acusados y acusadas
- b) La prueba testifical
 - i) El trato desigual de los testigos de las partes
 - ii) El problema de la comunicación de testigos
 - iii) Falta de espontaneidad y uso del lenguaje
- c) Las denominadas investigaciones prospectivas y el valor de los atestados policiales
- d) La prueba pericial
- e) La prueba documental
- f) El trámite de conclusiones definitivas

7. El derecho a la libertad y la prisión provisional (art. 17 CE)

III. CONCLUSIONES *pág. 49*

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS

En esta causa se juzga a doce personas por hechos muy diversos pero que, según las acusaciones, comparten una finalidad común: la celebración en Cataluña de un referéndum de autodeterminación el 1 de octubre de 2017. Este es el hecho que les vale, a nueve de ellos, y entre otros¹, la imputación de los delitos de rebelión (Fiscalía y acusación popular) y de sedición (Abogacía del Estado).

La imputación común de la rebelión o de la sedición no debe hacer perder de vista, sin embargo, que lo que se ha juzgado son tres actuaciones bien distintas:

- La participación en reuniones y manifestaciones públicas y, en ocasiones, su convocatoria, por activistas dirigentes de dos asociaciones civiles².
- La tramitación de diferentes resoluciones y leyes, con sus correspondientes debates, declaradas después inconstitucionales, por quien estaba provista de inviolabilidad parlamentaria en ejercicio de sus funciones parlamentarias³.
- La organización de un referéndum de autodeterminación⁴.

Aunque comparten puntos en común (como se verá en el apartado A), cada grupo de actuaciones genera problemas jurídicos de muy distinta consideración (analizados en el apartado B).

¹ En la causa están también presentes los delitos de organización criminal, malversación y desobediencia, pero este informe va a referirse exclusivamente, en su parte sustantiva, a los delitos de rebelión y sedición en la medida que son los delitos más graves y los que comparten las personas que están en prisión. El examen del resto de delitos se abordará en el Informe académico impulsado por ITW que se hará público después de la sentencia.

² Jordi Cuixart: rebelión (MF, VOX); sedición (AE). Jordi Sánchez: rebelión (MF, VOX); sedición (AE)

³ Carme Forcadell: rebelión (MF, VOX); sedición (AE)

⁴ Oriol Junqueras, Jordi Turull, Raül Romeva, Joaquim Forn, Josep Rull y Dolors Bassa: rebelión (MF, VOX) o sedición (AE), además de malversación. Fuera de la rebelión/sedición quedarían Carles Mundó, Meritxell Borràs y Santiago Vila (malversación y desobediencia grave).

A. CUESTIONES COMUNES

1. Las derivadas de la causa

a) La despenalización de los referéndums ilegales

Desde la promulgación de la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, y la supresión de los artículos 506 bis y 521 bis del mismo Código, se despenalizó la convocatoria de procesos electorales o consultas populares por vía de referéndum, careciendo de competencias para ello, y la facilitación, promoción o aseguración de la realización de tales procesos o conductas.

En consecuencia, y dejando al margen que la participación en tal tipo de consultas no ha estado nunca criminalizada, la despenalización de su facilitación, promoción o aseguración o su convocatoria se produce como consecuencia, según se dice en el Preámbulo de la mencionada Ley orgánica, de ser conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, pues no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. El derecho penal, como se insistirá después, se rige por los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, si el legislador ha decidido que estas conductas no pueden ser perseguidas penalmente, y teniendo el ordenamiento mecanismos suficientes para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas, su incriminación desde otros tipos penales (rebelión, sedición) constituye un uso torticero de la ley y una quiebra de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad mencionados.

b) El principio de intervención mínima del derecho penal

El principio de intervención mínima, además, indica la inidoneidad de la aplicación del derecho penal cuando a priori no se han utilizado las herramientas que hubieren contenido la conducta que después decide perseguirse penalmente. Por lo tanto, si las herramientas al servicio del Estado para evitar conductas penales no han sido activadas, es que tales conductas estaban escapando del círculo del derecho penal y no son perseguibles con posterioridad.

Si a lo largo de septiembre-octubre de 2017 en Cataluña hubo un alzamiento (acción ineludible en la rebelión o la sedición), el mecanismo de defensa constitucional previsto por el

ordenamiento vigente para paralizarlo habría sido la declaración del estado de sitio, de acuerdo con el artículo 116.4 CE: "Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno [...] podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio".

Pero en esas fechas tal mecanismo jamás se activó. Y si entonces no se advirtió su necesidad, lo que refleja la inexistencia de un alzamiento o insurrección, el derecho penal resulta ahora inidóneo para perseguir los hechos de septiembre-octubre de 2017, de acuerdo con el principio de intervención mínima. Lo contrario puede indicar una incriminación de la disidencia política.

c) Los elementos básicos de los delitos de rebelión y sedición

La conducta típica del delito de rebelión (art. 472 CP) consiste en alzarse de forma pública y violenta para la consecución de alguna de las siete finalidades previstas en el tipo (todas ellas, eversiones del núcleo del ordenamiento constitucional). Y la del delito de sedición (art. 544 CP) consiste también en alzarse, de forma pública y tumultuaria, para impedir la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

El verbo rector de ambos tipos es "alzarse", que podría definirse como un "levantamiento", una "sublevación" o una "insurrección" contra las autoridades o el orden legítimos. En consecuencia, antes de entrar a valorar si dicho alzamiento es "público", "violento" o "tumultuario", debe constatarse si el alzamiento ha tenido lugar.

Pero ni el auto de procesamiento fue capaz de señalar qué día y dónde tuvo lugar tal alzamiento, ni lo han sido los escritos de conclusiones de las acusaciones. En todos ellos, la confusión es patente, pues no precisan –contraviniendo así el principio acusatorio– si se produjo en fecha concreta, si duró algunos días, o persistió incluso semanas (todo ello sin haberse activado el estado de sitio). Y sin precisar cuándo tuvo lugar el alzamiento, las nociones de "violencia", "violencia ambiental", "violencia normativa" o "tumulto" carecen de virtualidad por sí mismas para apreciar la concurrencia de los tipos penales de rebelión o sedición.

Aun así, tampoco han quedado demostradas ni la "violencia" ni las acciones "tumultuarias" (que, en todo caso, también requieren violencia). En esa idea pertinaz de configurar la existencia de violencia, la Fiscalía se ha centrado, esencialmente, en los hechos ocurridos los días 20 de septiembre, 1 y 3 de octubre. Pero, no ha podido demostrar que durante tales días existiera una violencia generalizada, física o psíquica. A lo sumo, sólo se ha podido demostrar que, en los miles de concentraciones de tales días, se vieron "caras de odio", se

lanzaron algunos “esputos” y, esporádicamente alguna patada, una valla o botellas o latas vacías. Asimismo, se ha destacado como uno de los elementos de esa supuesta violencia el daño a tres coches de la Guardia Civil aparcados ante la Consejería de Economía el día 20 de septiembre, sin que se hayan podido atribuir a persona concreta.

Pero es que aun que eso fuera cierto, también lo es que no son atribuibles a los acusados y acusadas aquellos supuestos comportamientos violentos e individuales ocurridos con anterioridad, durante o con posterioridad a esos días realizados por personas distintas a ellos, ya que en derecho penal no rige el principio de responsabilidad objetiva sino el subjetivo por los propios actos.

Tampoco se ha demostrado la tesis de Fiscalía de que los procesados, con el objetivo final de lograr la independencia de Cataluña, se plantearan el uso de la violencia por medio de la actuación violenta o tumultuaria de miles de ciudadanas y ciudadanos, instigados por aquellos, y la colaboración de los Mossos (*dolo directo*); ni se ha demostrado el retorcido argumento de que, aunque no se planteara el uso de la violencia desde un inicio, se adoptaba la decisión de seguir con la convocatoria, asumiendo el riesgo del ejercicio de actos violentos (*dolo eventual*).

Además, por definición, “la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional” (STC 199/1987). Pero no se ha encontrado ni rastro de armas ni de explosivos en aquellos días (el tipo básico de rebelión exige “armas”, y el agravado habla de esgrimir, mostrar, con la intención de intimidar; y, en ambos casos, el deponer las armas actúa como atenuante).

Tampoco concurre el “tumulto”, necesario en la sedición que solicita la Abogacía del Estado, debido a que en ningún momento se ha aportado indicio alguno de que los acusados hayan inducido, provocado o protagonizado ningún alzamiento tumultuario, que también requeriría de violencia, con la finalidad de evitar el cumplimiento de la ley, salvo que se interprete que basta con incitar al ejercicio del derecho fundamental de reunión o de expresión para incurrir en el tipo delictivo.

No concurren, pues, los elementos del tipo. Pero tampoco concurre la necesaria idoneidad de las conductas encausadas para alcanzar los fines de cada delito. En efecto, como es sabido, la consumación delictiva en ambos tipos se produce sin necesidad de materialización efectiva de ninguno de sus fines, al bastar con la objetiva adecuación de la conducta para alcanzarlos en el momento de realizarse: son delitos de mera actividad y de peligro abstracto. Precisamente por ello, la conducta individualmente considerada ha de ser potencialmente capaz de subvertir el orden político establecido. Sin embargo, tampoco ha quedado probada la objetiva idoneidad del comportamiento *ex ante* para lograr una alteración grave en el normal funcionamiento de determinadas instituciones estatales (sedición), o la derogación, suspensión o modificación de la Constitución o la independencia de Cataluña (rebelión). Las acusaciones no han podido en modo alguno demostrar que el (no probado) alzamiento

fuese potencialmente capaz de asumir sus fines. Y, de hecho, no era demostrable porque la herramienta (referéndum) que hubiese posibilitado el fin perseguido (la independencia de Cataluña) era objetivamente incapaz de generar efecto alguno: los efectos del referéndum quedaron desactivados por parte del Tribunal Constitucional, primero a través de la suspensión de la convocatoria, después mediante la declaración de inconstitucionalidad. Era tan objetivamente incapaz que ni siquiera llegó a activar, como se ha dicho, una declaración de estado de sitio de acuerdo con el artículo 116 CE.

Por lo tanto, el comportamiento encausado debe considerarse atípico en virtud de la ausencia de riesgo para el bien jurídico protegido en cada uno de esos dos delitos, como así también lo consideró, por este mismo motivo, la resolución del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein de 12 de julio de 2018, en la que se declaró inadmisibles la extradición del Sr. Puigdemont por el delito de rebelión (por no apreciarse la violencia y por no cumplir el requisito de la idoneidad del § 81 StGB).

2. Las derivadas del juicio oral

a) Interpretación de los tipos penales en presencia de derechos fundamentales

En perspectiva constitucional, cuando en una causa penal son alegados derechos fundamentales como vestes protectoras de las conductas de los encausados, se impone un concreto orden de examen entre éstos y los tipos delictivos a favor de los derechos fundamentales, porque no es posible actuar amparado por un derecho fundamental y, al mismo tiempo, haber cometido un delito, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, antes de examinar si concurren o no los elementos del tipo penal, debe comprobarse que la actuación encausada no estaba amparada por un derecho fundamental.

Tanto el auto de procesamiento, los interrogatorios de las acusaciones como sus escritos de conclusiones han hecho gala de desconocer este imperativo interpretativo derivado de la supremacía constitucional, obviando la presencia de derechos fundamentales en el proceso, y criminalizando de forma directa conductas amparadas en ellos.

b) Chilling effect de los interrogatorios de las acusaciones en materia de derechos fundamentales

No sólo no se ha dado valor a la presencia de derechos fundamentales en el proceso, sino que cualquier referencia a los mismos ha estado dirigida a desincentivar su ejercicio. Así, de los interrogatorios de las acusaciones se ha desprendido que reunirse y gritar, cantar “no pasarán” o “votaremos”, mirar con desdén a agentes, mostrar desaprobación por las cargas

policiales o insultarles tras las mismas, son muestra de elementos típicos de la sedición o la rebelión. De la estrategia de la acusación también se ha seguido una interpretación del concepto “violencia” que tendría graves consecuencias para una criminalización de la protesta o la disidencia y en la limitación del libre ejercicio de libertades y derechos fundamentales (con más detalle se tratará este tema en el punto B).

Evidentemente, este trato de los derechos fundamentales, no solo ha tenido efectos negativos para los acusados y acusadas en el juicio, sino que éstos pueden extenderse más allá del mismo si en la sentencia del Tribunal Supremo no se corrige esta perspectiva, nada acorde en un contexto democrático, según ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) Falta de proporcionalidad entre la gravedad de los cargos de la acusación y la prueba practicada en juicio

A pesar de la debilidad de los argumentos de la acusación, y a pesar de que tales argumentos solo se sustentan desde un derecho penal ajeno al del Código Penal vigente consistente en retorcer el derecho para recrear nuevos tipos penales (sobre la base, por ejemplo, del nuevo concepto de “violencia normativa” o de “golpe de estado”), tampoco las pruebas practicadas en juicio, a pesar de sus limitaciones (véase II. Aspectos procesales), han podido demostrar muchos de los hechos que se relatan en los escritos de acusación. Ni se ha visto la cruenta violencia sobre la que sustentan sus acusaciones, ni la prueba aportada por ellas ha cumplido con el necesario rigor, dada la gravedad de los delitos imputados: correos descontextualizados, agendas anónimas, testigos repetidos, vídeos no fechados; un sinfín de graves errores indicativos de una mala praxis y de una seguridad férrea en que la acusación, se presentara bien o mal, había de prosperar.

En definitiva, tal y como se desarrollará en la segunda parte de este informe, las pruebas practicadas en juicio no permiten objetivamente la construcción de los delitos de rebelión o sedición.

Mientras tanto, se ha mantenido la prisión provisional para nueve de los encausados y encausadas.

B. CUESTIONES ESPECÍFICAS

1. Participación en reuniones y manifestaciones públicas y, en ocasiones, convocatoria o invitación de participación en las mismas: los casos de J. Cuixart y J. Sànchez

a) Base fáctica de la acusación

De acuerdo con el Auto de procesamiento, los Sres. Cuixart y Sànchez vendrían a ser la rama “social”, junto con la “parlamentaria” y la “ejecutiva”, de una estrategia –denominada el procés- perfectamente planificada, concertada y organizada para fracturar el orden constitucional con el fin de conseguir la independencia de Cataluña.

Así, y según dicho Auto, estos encausados son procesados por tener “(...) capacidad para movilizar a cientos de miles de seguidores de las entidades soberanistas, desde sus discursos en los medios, y desde múltiples mensajes en plataformas digitales con miles de seguidores, impulsaron una masa de fuerza que hiciera frente a la obligación policial de impedir la votación, de retirar el material electoral, y de alcanzar el recuento el día 1-O” (fundamento de derecho 2º).

b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral

En el interrogatorio, las acusaciones han prescindido de que los acusados pudieran estar ejerciendo derechos fundamentales y han mantenido una posición disuasoria del ejercicio de los mismos. La intencionalidad de la prueba propuesta, especialmente la testifical, era la de demostrar el poder de convocatoria de estos dos encausados en un contexto de “violencia ambiental”. En ningún momento se les relaciona con un alzamiento (del que se desconoce fecha y lugar).

c) Escritos de conclusiones definitivas

No modifican substancialmente la acusación. Se continúa considerando que, en el entramado organizativo de la rebelión/sedición, a estos acusados les correspondía la estrategia “social”, desarrollando un papel crucial mediante la movilización popular como instrumento de presión para obligar al Estado a capitular frente al nacimiento de la nueva república. Tampoco en esta fase ninguna de las acusaciones precisa el momento y lugar del alzamiento

ni la relación de estos dos encausados con el mismo.

d) Cuestiones jurídicas

i. El problema jurídico que se plantea con los Sres. Cuixart y Sànchez es si los actos que han quedado probados en juicio que llevaron a cabo –convocatoria de reuniones y manifestaciones– estaban amparados por el ejercicio de derechos fundamentales; en concreto, por la libertad ideológica, el derecho de reunión y la libertad de expresión. De ser ello así, y por lo expuesto con anterioridad, su conducta no podría subsumirse en ningún tipo delictivo.

ii. Dejando a un lado que muchas de las manifestaciones y concentraciones de protesta a las que se ha aludido durante el juicio no fueron convocadas por los acusados (o no sólo), lo cierto es que toda convocatoria cursada por ellos, según se ha visto, llamaba a un ejercicio responsable de la libre reunión, en el sentido previsto en el art. 21 de la Constitución (reunión “pacífica y sin armas”).

iii. De acuerdo con este precepto constitucional, la llamada a protestar por las detenciones de cargos del gobierno y de la administración en concentraciones pacíficas, o la llamada a participar el 1 de octubre en la expresión multitudinaria de la posición ciudadana sobre el futuro de Cataluña como comunidad política, no son sino convocatorias a expresar la libre ideología, que ninguna relación mantienen con un hipotético alzamiento. Ser independentista y reclamar la consecución de un Estado propio está protegido por la Constitución española, según ha sostenido el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias sobre el concepto de “democracia militante” (entre otras, STC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008 y 42/2014), y lo sigue estando cuando se reclama de forma conjunta y, por ejemplo, simbólicamente mediante una votación, en reuniones públicas, pacíficas y festivas.

iv. Si hubo algún acto violento en las manifestaciones por ellos convocadas, es quien lo causó su responsable directo, tanto desde una perspectiva penal, en la que no rige el principio de responsabilidad objetiva sino el subjetivo por los propios hechos, como desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador (de acuerdo con el art. 30.1 de la Ley Orgánica 4/2015).

v. En consecuencia, no puede apreciarse en sus conductas ningún hecho reprochable penalmente y sí un ejercicio de derechos fundamentales.

2. La tramitación de diferentes resoluciones y leyes, declaradas después inconstitucionales, por quien estaba provista de inviolabilidad parlamentaria en ejercicio de

sus funciones parlamentarias: el caso de C. Forcadell

a) Base fáctica de la acusación

Según las acusaciones, la Sra. Forcadell constituiría la rama “parlamentaria” de la estrategia rebelde o sediciosa. Así, se afirma en el auto de procesamiento que la Sra. Forcadell “ha tenido una participación medular desde los primeros momentos del proceso de independencia como presidenta de la ANC. Asumió después la presidencia del Parlamento, desde donde sometió a la decisión de los diputados la aprobación de la legislación de soporte que sirve de coartada legitimadora al proceso, aun contrariando para ello las reiteradas prohibiciones y requerimientos del Tribunal Constitucional. En todo caso, su participación ha ido de la mano con la violencia manifestada en las últimas fases del desarrollo de la acción. Estuvo presente en la manifestación del 20 de septiembre. Conocidas sus consecuencias, arengó a la movilización en la concentración que, al día siguiente, se desarrolló ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como lo hizo también después en distintas declaraciones públicas. Recibió a los observadores internacionales que llegaron a Cataluña en los días y horas previos a la votación, para tratar de reforzar la imagen de legitimidad de la votación, y puso finalmente la institución parlamentaria al servicio del violento resultado obtenido con el referéndum y de la proclamación de la república” (fundamento de derecho 2º).

b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral

Las acusaciones han intentado demostrar que la Sra. Forcadell, como Presidenta de la Mesa del Parlamento, estaba obligada a interferir en el procedimiento legislativo, entrando a examinar el contenido (y no solo la forma) de cualesquiera iniciativas que pusieran en cuestión el mandato del Tribunal Constitucional de impedir o paralizar cualquier iniciativa que supusiera ignorar o eludir los mandatos por él realizados (dictados a través de incidentes de ejecución de sus sentencias). Muy en concreto, debió paralizar la tramitación de las leyes aprobadas respectivamente, los días 6 y 7 de septiembre de 2017.

c) Escritos de conclusiones definitivas

No modifican substancialmente la acusación. Se continúa considerando que, en el entramado organizativo de la rebelión/sedición, a esta acusada le correspondía la estrategia “parlamentaria”, cuya función consistió en permitir la tramitación y facilitar la aprobación de resoluciones, leyes y normas jurídicas abiertamente inconstitucionales, a modo de cobertura normativa del nuevo Estado que sustituyera a la legalidad democrática vigente.

d) Cuestiones jurídicas

i. A la Sra. Forcadell se la incrimina como presidenta de la Mesa del Parlamento pero, además y no de forma menos importante, por haber sido presidenta de la ANC y cumplir con las

funciones inherentes a este cargo (como convocatoria de manifestaciones, por ejemplo). Si no, no se comprende por qué no está encausada ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como el resto de sus compañeros de mesa parlamentaria que cumplieron papel idéntico al suyo. Desde esta última perspectiva, la conducta de la Sra. Forcadell, en tanto que presidenta de la ANC antes de serlo del Parlamento, estaría protegida por los mismos derechos fundamentales que los tratados en el punto anterior en relación con los Sres. Cuixart y Sànchez.

ii. Respecto de su función como presidenta de la Mesa del Parlamento, el problema jurídico de fondo que se plantea es el de hasta qué punto estaba obligada a paralizar la tramitación de iniciativas parlamentarias porque su contenido fuese contrario al mandato originario del Tribunal Constitucional de cesar cualquier apoyo “a la apertura de un proceso constituyente en Cataluña encaminado a la creación de la futura Constitución catalana y del Estado catalán independiente en forma de república” (declarado inconstitucional por la STC 259/2015).

iii. La pregunta es, pues, simple: hasta qué punto un tribunal constitucional puede ordenar a un poder legislativo qué resoluciones, mociones, proposiciones o proyectos puede o no puede tramitar. Y la respuesta es unívoca: un tribunal constitucional no puede ordenar a una mesa parlamentaria qué debe o qué no debe tramitar, no solo porque en un Estado de derecho debe respetarse la división de poderes o porque el ordenamiento jurídico español no prevé norma alguna en este sentido, sino porque también lo avala la propia jurisprudencia constitucional.

iv. En efecto, el Tribunal Constitucional, desde las STC 95/1994 y 124/1995, ha sostenido que las mesas parlamentarias deben limitarse a una mera comprobación de los requisitos formales exigidos reglamentariamente a las iniciativas, sin que proceda hacer ninguna valoración sobre el contenido de la iniciativa o escrito (también STC 38/1999, 40/2003 y 208/2003, entre otras). El Tribunal ha venido considerando que el debate en el pleno de la cámara cumple una importante función representativa y que es el que tiene que permitir a los parlamentarios y parlamentarias, en ejercicio de su derecho, defender o rechazar las iniciativas, o discutir sobre su adecuación al orden constitucional, porque esto es lo que tiene que permitir a los ciudadanos conocer la opinión y decisión de sus representantes sobre una cuestión determinada.

De lo contrario, según consolidada doctrina, se estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que solo es competencia del Pleno; y, desde una perspectiva democrática, se estaría obstaculizando la posibilidad de celebrar un debate público entre las diferentes fuerzas políticas con representación parlamentaria. Y, en esta misma línea, en las STC 108/2016 y 109/2016, el Tribunal ha señalado que en el artículo 23.2 CE no se encuentra subsumido un supuesto derecho fundamental a la constitucionalidad de las iniciativas parlamentarias, rechazando dar amparo por vulneración del mencionado precepto a unos parlamentarios cuya mesa había dado curso a una iniciativa manifiestamente contraria

a la Constitución.

v. Sin embargo, y puntualmente en la STC 46/2018, se introduce algún matiz a la consolidada posición anterior (repárese que esta sentencia es posterior a los hechos encausados): la posibilidad de que la decisión de la mesa de admitir a trámite una propuesta constituya un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. En estos casos, en los que la mesa ha quedado sujeta de manera expresa al deber de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal, como consecuencia de la adopción de medidas de ejecución dictadas de acuerdo con el art. 92 LOTC, sí se produciría, según la mencionada sentencia, una incidencia directa en el *ius in officium* de los miembros de la Cámara, de modo que las facultades de la Mesa sobre la admisión a trámite de nuevas iniciativas se verían restringidas por la imposición de un deber específico de paralizarlas, por mor de no vulnerar derechos fundamentales de los diputados. Sería, pues, el incumplimiento patente de este deber el que determinaría que la Mesa, al admitir la propuesta, pudiera incurrir en las referidas vulneraciones constitucionales, y no el contenido material de la concreta iniciativa.

Esta doctrina, sin embargo, no viene a modificar la inicialmente expuesta que, además, es asumida por esta última resolución, sino que viene a indicar cuándo puede abrirse la puerta a una posible vulneración del art. 23 CE de los parlamentarios disconformes con la admisión de iniciativas por parte del órgano rector de la cámara. Vulneración que solo el Tribunal puede determinar si, a su vez, también interpreta que aquella concreta admisión responde a una contravención de alguno de sus mandatos.

vi. Y no podría interpretarse de otro modo. Porque la inviolabilidad parlamentaria proclamada en la Constitución (art. 71 CE) y en los estatutos de autonomía, significa una cualificación especial de los parlamentos como órganos de representación democrática, no susceptibles de ser interferidos en su funcionamiento por ninguno de los demás poderes del Estado. Es, así, una supracategoría jurídica que envuelve a otras muchas, entre ellas a la inviolabilidad de los parlamentarios y a su inmunidad. De la misma manera, incluye el principio de autoorganización de las cámaras, de su titularidad exclusiva para dictar las normas de funcionamiento y el poder único de la mesa y el pleno del parlamento en relación con todas las funciones vinculadas al ejercicio de sus potestades.

Por lo tanto, no hay jurisdicción superior que pueda imponerles mandato de tipo alguno. Cuando el Tribunal Constitucional interviene, lo hace, bien mediante los recursos previos de inconstitucionalidad y frente a algunos tipos de normas, bien mediante la impugnación de las leyes una vez han entrado en vigor. Y la actividad de los órganos parlamentarios es controlable jurídicamente con ocasión de decisiones parlamentarias que puedan afectar al derecho de participación de los parlamentarios cuando estos derechos de representación se pueden ver conculcados por la propia cámara.

Consecuencia de lo anterior es que el Tribunal Constitucional no puede ordenar a una mesa,

por concepto y porque no le habilita su ley constitutiva, ni siquiera después de la reforma de la LOTC de 2015, la inadmisión de determinados tipos de iniciativas parlamentarias. Sí puede, en cambio, determinar a posteriori, y si tal decisión es recurrida, si aquélla admisión era atentatoria de derechos fundamentales.

Y así, con respeto al ordenamiento en su conjunto, y especialmente a la Constitución y a la división de poderes que instaura, es como debe interpretarse el alcance de la STC 46/2018. Interpretarlo de otra manera sería reconocer expresamente un sistema de gobierno de los jueces.

vii. También consecuencia de lo anterior es que los miembros de la mesa o del pleno de un Parlamento, no pueden ser procesados penalmente en caso de incumplir ese mandato del Tribunal Constitucional.

En efecto, la inviolabilidad es una prerrogativa de los parlamentarios y parlamentarias cuya finalidad es la de asegurar la independencia del Parlamento frente a los otros poderes del Estado. En el ámbito estatal, el art. 71 CE establece que los diputados y senadores (extensible a los diputados autonómicos en sus estatutos respectivos) gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; opiniones que, obviamente, comprenden los votos que emitan en el seno de la cámara de la que forman parte (STC 36/1981). La inviolabilidad, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, impide la apertura de cualquier tipo de procedimiento. Por lo tanto, no garantiza sólo la no responsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, sino que constituye un verdadero privilegio frente a la mera incoación de cualquier procedimiento; es un límite a la jurisdicción de carácter absoluto, sea cuál sea el contenido de la opinión o del voto emitido (STC 30/1997). Esta inveterada doctrina constitucional, como es sabido, no se ha respetado en el caso de la Sra. Forcadell.

viii. Del marco jurídico anterior se sigue que:

- Las acusaciones no han precisado cuándo y dónde tuvo lugar el alzamiento, ni mucho menos la relación directa de la Sra. Forcadell con tal alzamiento, a no ser que se recurra al inexistente concepto de “violencia normativa” en el Código Penal vigente, como se ha visto forzado a hacer el Ministerio Fiscal para criminalizar la conducta de la ex-presidenta del Parlamento.

- Las iniciativas parlamentarias que se tramitaron con el voto positivo de la encausada (y del de otros miembros de la Mesa) eran inidóneas para producir los fines previstos por los delitos de rebelión o sedición, puesto que todas ellas fueron suspendidas y/o anuladas por el Tribunal Constitucional.

- La Sra. Forcadell ejerció su derecho fundamental al desempeño de su cargo público (art. 23.2 CE), emitiendo como Presidenta de la Mesa su voto positivo a la tramitación de las

iniciativas parlamentarias por las que se la encausa, siendo como es que no es exigible a la mesa, según constante jurisprudencia constitucional, examinar el contenido de dichas iniciativas parlamentarias.

- La Sra. Forcadell, como miembro de la mesa y garante de la inviolabilidad del Parlamento frente a las injerencias de otros poderes del Estado, cumplió escrupulosamente en todo momento con su función parlamentaria amparada, además, por la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la potestad fiscalizadora de la mesa respecto de las distintas iniciativas parlamentarias.

- La inviolabilidad parlamentaria protegía a la Sra. Forcadell ante la apertura de cualquier procedimiento por la emisión de su opinión o voto en ejercicio de sus funciones.

3. La organización de un referéndum de autodeterminación y la persecución penal de ideas políticas: el caso de O. Junqueras, J. Forn, J. Turull, R. Romeva, J. Rull, y D. Bassa

a) Base fáctica de la acusación

Según señalan las acusaciones, estos encausados constituyeron la rama “ejecutiva” de la estrategia rebelde o sediciosa, perfectamente planificada, concertada y organizada, junto con la rama “social” y la “parlamentaria”, ya vistas.

La misión esencial del Gobierno de la Generalitat, según se relata en el auto de procesamiento, era la convocatoria y celebración de un referéndum de autodeterminación que legitimara internacionalmente el proyecto de segregación territorial, así como la creación y desarrollo de estructuras de estado paralelas que pudieran sustituir a los órganos estatales legalmente constituidos en todos los órdenes (Hacienda, Seguridad Social, Poder Judicial, etc.), incluida la acción exterior fuera del territorio estatal.

En el auto de procesamiento se precisa que “la minuciosa ideación de la estrategia con la que pretendía imponerse la independencia en el territorio, permite considerar que los principales responsables de estos hechos siempre hubieron de representarse que el proceso terminaría recurriendo a la utilización instrumental de la fuerza. (...) Más aún si era éste el único mecanismo con que se contaba para superar una oposición del Estado que resultaba ineludible conforme con el ordenamiento jurídico. En todo caso, y aún cuanto se entendiera que lo recogido en la instrucción no aporta la férrea justificación de esa intencionalidad inicial, el relato de hechos que se ha descrito muestra que quienes realizaron aportaciones

principales al núcleo del hecho con posterioridad al 20 de septiembre, desde luego se representaron que el fanatismo violento de muchos de sus seguidores había de desatarse. Y la persistencia en su determinación criminal con ese conocimiento, es muestra de su voluntad de incorporar la utilización de la fuerza al mecanismo para conseguir una secesión a la que no quería renunciarse. Se decidió utilizar el poderío de la masa para, con él, hacer frente a una actuación policial que sabían orientada a imposibilitar el referéndum, de manera que la votación pudiera desarrollarse, posibilitando y favoreciendo, no sólo que los resultados del referéndum permitieran la proclamación de la independencia como estaba previsto en la Ley 20/2017, sino que el Estado de Derecho se rindiera a la determinación violenta de una parte de la población que amenazaba con expandirse. De este modo, el delito que se analiza es plenamente exigible a quienes, conociendo el ineludible estallido social que resultaba ya inherente a los hechos, lo incorporaron a su actuación criminal y persistieron en realizar aportaciones esenciales que impulsaran el ilícito comportamiento que desplegaban”.

b) Posición de las acusaciones durante el juicio oral

Las acusaciones han intentado demostrar que los encausados por rebelión/sedición eran conocedores de la violencia que podía desencadenar llevar a término el procés. Como gobierno debieron haber desconvocado la celebración de la votación del día 1 de octubre. Todas las preguntas en la fase de interrogatorio han ido encaminadas a demostrar la violencia de los y las manifestantes en las concentraciones que tuvieron lugar los meses de septiembre y octubre de 2017 en Cataluña. En ninguno de los escritos, sin embargo, se detalla ni cuándo ni dónde tuvo lugar el alzamiento, elemento típico tanto de la rebelión como de la sedición.

c) Escritos de conclusiones definitivas

No modifican substancialmente la acusación. Se continúa considerando que, en el entramado organizativo de la rebelión/sedición, a estos acusados les correspondía la estrategia “gubernamental” de organización del referéndum, celebración y declaración de la independencia del territorio de Cataluña.

d) Cuestiones jurídicas

i. El problema jurídico que plantea la acusación dirigida a los miembros del Gobierno de la Generalitat por los delitos de rebelión/sedición es el de hasta qué punto esa imputación no responde a la persecución de una determinada idea política, siendo como es que los hechos, tal y como han quedado probados en juicio, no son subsumibles en los elementos del tipo sobre los que se construyen tales delitos; al menos no en los del Código Penal vigente.

ii. Así, a la vista de que lo que para la acusación son las conductas delictivas que podrían constituir un alzamiento (sin fecha ni lugar) –masivas concentraciones de protesta pacífica–,

la condena por tales delitos exigiría recrear, al margen del actual Código Penal, nuevos tipos delictivos incorporándoles, in malam partem, elementos tales como “violencia ambiental”, “violencia o alzamiento normativos”, y prescindiendo de los actuales; lo que contravendría frontalmente el principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución).

iii. En efecto, sin alzamiento no hay rebelión o sedición. Y, en este caso, ni el auto de procesamiento, ni ningún escrito de las acusaciones ha podido precisar cuándo y dónde tuvo lugar tal alzamiento. Con tal punto de partida, hablar de “violencia” o de “tumulto” resulta superfluo. Pero es que, además, tampoco han quedado demostradas en juicio ni la “violencia” ni las acciones “tumultuarias” (que, en todo caso, también requieren violencia). A lo sumo, y de la prueba practicada, solo se ha podido acreditar que, en los cientos de concentraciones que tuvieron lugar entre los días 20 de septiembre y 27 de octubre de 2017 en Cataluña, se produjeron incidentes aislados y puntuales, tales como gritos, insultos, daños a tres coches, sentadas, lanzamiento de esputos, patadas o de algunos objetos. No obstante, como anteriormente se ha señalado, en derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva por los propios actos no siendo trasladables tales supuestos actos violentos esporádicos y espontáneos a los imputados.

iv. No están, pues, presentes los elementos de esos tipos penales vigentes. Como tampoco se ha demostrado la tesis del auto de procesamiento y de las acusaciones de que los procesados se plantearan el uso de la violencia por medio de la actuación violenta o tumultuaria de miles de ciudadanas y ciudadanos, instigados por los acusados y la colaboración de los Mossos (dolo directo). Ni mucho menos el retorcido argumento que, aunque no se planteara el uso de la violencia desde un inicio, se adoptaba la decisión de seguir con la convocatoria, asumiendo el riesgo del ejercicio de actos violentos (dolo eventual).

v. Es más, las conductas perseguidas eran inidóneas para alcanzar los fines que se persiguen con la comisión de cada uno de esos delitos. Las personas a las que supuestamente lanzaron los acusados a la calle para alzarse, eran ciudadanos que se concentraron por propia voluntad para protestar por diversas actuaciones policiales y judiciales que estaban teniendo lugar (detenciones, registros sin orden judicial, por ejemplo), sin impedir que los agentes policiales desarrollaran su cometido. O fueron voluntariamente a manifestar su opinión (el día 1 de octubre) sobre el futuro político de Cataluña en un acto carente de validez jurídica e incapaz de generar una eversión del núcleo del ordenamiento constitucional, ni de impedir a la autoridad pública cumplir con su cometido.

vi. A pesar de todo ello, persiste la acusación de rebelión/sedición¹ sin haber sido modificada sustancialmente tras la prueba practicada en juicio, y habiéndose demostrado en el mismo que no hubo alzamiento alguno, ni violencia física o psíquica, ni tumultos violentos,

¹ El análisis del resto de delitos imputados, como se ha indicado, se llevará a cabo con detenimiento en el informe elaborado por el grupo de académicos después de que se emita sentencia.

ni armas, ni posibilidad idónea de alcanzar los fines de aquellos delitos. Sí hubo, en cambio, y siguiendo los cánones de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, un ejercicio masivo de derechos fundamentales (reunión, expresión, libre ideología) por parte de la ciudadanía. Y sí hubo, también, violencia policial especialmente cruenta ese día 1 de octubre. Pero las acusaciones no han analizado los excesos en el cumplimiento de un deber que no respetó ni los criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, ni el derecho de reunión, ni el Auto de 27 de septiembre del Tribunal Superior de Justicia, convirtiendo, así, el ejercicio de derechos fundamentales de la ciudadanía (reunión, expresión, protesta, libre ideología) en una actividad ilícita que exige la intervención policial y frente a la que no cabe la legítima defensa (Chilling effect).

vii. Este empeñamiento de las acusaciones en mantener una acusación imposible desde la perspectiva del principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución), permite concluir lo que se apuntaba al principio: y es que aunque la conducta de este tercer grupo de encausados no estuviera directamente amparada, como la de los anteriores supuestos examinados, por el ejercicio de derechos fundamentales, tampoco constituye la conducta criminal exigida en estos dos tipos penales según el Código Penal vigente, siendo como no es, además, penalmente perseguible la convocatoria de consultas populares por quien no es competente para ello (o la facilitación, promoción o aseguración de la realización de tales procesos electorales). Lo que corrobora que este proceso penal ha sido un proceso a las ideas políticas de los encausados y las encausadas.

II. ASPECTOS PROCESALES

1. El juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH)

El Tribunal Constitucional ha entendido de manera reiterada que este derecho exige: i) que el órgano jurisdiccional haya sido creado previamente, respetando el principio de reserva de ley en la materia; ii) que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; iii) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de juez ad hoc o excepcional; y iv) que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros.

Los problemas relativos a la competencia de los órganos jurisdiccionales que han venido interviniendo en este proceso son numerosos y de diversa índole. Así, en primer lugar, debe señalarse la falta de competencia de la Audiencia Nacional. Ésta entendió que la sedición, cuando es cometida con el objetivo de cambiar la organización territorial del Estado, debe ser considerada como una ofensa contra la forma de gobierno, lo que trasladaría la competencia a dicha Audiencia. No obstante, esta es una errónea interpretación de la legislación porque la Audiencia Nacional sólo tiene competencia sobre ciertas ofensas específicas, que no incluyen ni la sedición ni la rebelión. Un auto del Pleno de ese mismo tribunal, de 2 de diciembre de 2008, determinó que la rebelión nunca ha recaído bajo su jurisdicción.

Tampoco es sostenible que la transferencia del caso al Tribunal Supremo subsane las irregularidades anteriores, puesto que, desde un estricto garantismo penal, la pretendida competencia de un órgano jurisdiccional posterior no corrige la nulidad que proviene de la falta de competencia del órgano anterior.

Es más, tampoco el Tribunal Supremo es el juez predeterminado por la ley ya que, de acuerdo con el ordenamiento vigente (art. 57.2 Estatuto de autonomía de Cataluña), los hechos cometidos en territorio de Cataluña en relación con los aforados deben ser juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El problema de la violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se agrava, además, en el caso de personas no aforadas cuyo enjuiciamiento se ve arrastrado por quienes puedan tener un aforamiento. Así como con la imposibilidad de contar con un derecho a una segunda instancia para eventuales recursos, toda vez que el único y posible recur-

so de amparo al Tribunal Constitucional, ni constituye un recurso ordinario de una segunda instancia, ni podrá impedir la firmeza de una sentencia que el Tribunal Supremo dictará en única instancia (con serio quebranto de lo establecido en el art. 13 CEDH, “derecho a un recurso efectivo” y en el art. 2 del Protocolo adicional n. 7).

Asimismo, y no menor, es la cuestión relativa al desconocimiento por las partes del criterio de elección de los miembros del Tribunal, lo que podría representar -junto a la cuestión de la competencia objetiva del propio Tribunal Supremo para enjuiciar los hechos- otro aspecto de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, teniendo en cuenta que se trata de un Tribunal creado ad hoc para este proceso (formalmente denominado como causa “especial”), frente a cuyas decisiones no es posible interponer recurso ordinario alguno.

Otro tema vinculado al “juez natural” es el referido al derecho a expresarse en la propia lengua (art. 3 CE y art. 9.1 de la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias) y los problemas de traducción que en las sesiones del juicio oral se han producido. En efecto, los problemas de carácter lingüístico no han sido ajenos a la causa examinada. Como ha sido notorio, todo el juicio oral se ha desarrollado en castellano, contra líderes políticos y sociales de Cataluña. Desde el primer momento, se puso de manifiesto que no se permitiría la declaración en catalán de cualesquiera testigos (derecho que se hubiese ejercido si el proceso se celebrase ante el juez ordinario predeterminado por la ley; cfr. a partir de la semana 2), y que en caso de los acusados sólo se habilitaría una traducción sucesiva, no simultánea. Todas las personas acusadas han renunciado a este sistema porque a su parecer resta espontaneidad a las respuestas y elimina la fluidez. En la práctica, ha implicado la renuncia al uso de la lengua propia, por lo que la mayoría han expresado su queja y han considerado que ello podría vulnerar el derecho a la igualdad de armas procesales y afectar a su derecho de defensa, así como sus derechos lingüísticos¹.

2. La fragmentación de las investigaciones judiciales

La disgregación de este proceso penal en cuatro distintos (ante el Tribunal Supremo, ante la Audiencia Nacional, ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona) provoca problemas muy importantes que afectan a dere-

¹ En efecto, los acusados protestaron por el hecho de no poderse expresar en su lengua, criticando la opción dada por el Tribunal de realizar traducciones consecutivas. Algunos acusados (Sr. Turull, sesión 4, del día 19 de febrero; Sra. Forcadell, sesión 7, del día 26 de febrero), lamentaron además que se aludiera a razones económicas o técnicas para no habilitar la traducción simultánea. Similar situación se ha producido con muchos testigos que han tenido que someterse a dicho sistema y en algunos casos, incluso, y por citar sólo uno y relevante, cabe destacar en la semana 14 el incidente con un testigo que resultó amenazado por el Presidente de la Sala de ser expulsado de la misma -y de ser expedientado disciplinaria y penalmente-, por haber presentado un escrito solicitando declarar en catalán.

chos fundamentales y a garantías procesales reconocidos en el art. 24 de la CE, tanto en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva (ap. 1), como las garantías del “proceso debido” y las garantías específicas del proceso penal (ap. 2). Pues bien, la disgregación a que se alude ha impedido a las defensas de los acusados y acusadas en el proceso seguido ante el Tribunal Supremo, conocer, por ejemplo, las actuaciones llevadas a cabo ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona. Precisamente, de este procedimiento se han valido las acusaciones para aportar como prueba documental gran cantidad de elementos que no fueron, previamente, conocidos ni sometidos a contradicción por las defensas. Éstas alegan que, por el contrario, las acusaciones sí han estado allí comparecidas, produciéndose también, entonces, una quiebra del principio de igualdad entre las partes, dado que las defensas no han podido conocer, valorar y contradecir documentos de numerosas piezas que tratan sobre diversos atestados policiales, ni examinar la causa para conocer si algunos elementos de la misma pudieran serles favorables.

En concreto, durante la semana de práctica de la prueba documental, por ejemplo, el lunes 27 de mayo, las defensas alegaron expresamente esta vulneración, señalando que muchos documentos cuya admisión se solicitó por las acusaciones (y se aceptaron por la Sala), provenían de otros órganos jurisdiccionales en los que las partes no habían comparecido como tales. En especial, se citaron las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (con señalamiento de querellas y atestados policiales), las del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y las del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona. En este último caso, las defensas hicieron especial hincapié en que:

- i) no habían podido obtener documentos de la misma; ii) que se han obtenido “a espaldas” de los abogados defensores de los acusados ante el Tribunal Supremo;
- iii) que se trata de una causa general y prospectiva que, entre otras diligencias, acordó muchas intervenciones telefónicas luego utilizadas;
- iv) que contiene numerosos atestados policiales que las defensas no conocen, en más de sesenta y ocho tomos de actuaciones;
- v) que se señalaron muchos tweet y correos electrónicos desconocidos en los que se ha demostrado que se ha quebrantado la llamada cadena de custodia o validación técnica de autenticidad de la originalidad de los mismos; y vi) que, por todo ello, esos elementos “intoxicán” a cualquier elemento probatorio posterior.

Todo cuanto se está señalando, además, implica que personas que deberían haber comparecido como acusadas en el presente procedimiento, lo han hecho en calidad de testigos. Ello ha generado distorsiones en el orden de las declaraciones (que ha sido evidente en diversas semanas, como en especial en el caso del Mayor de los Mossos d’Esquadra, Sr. Trapero, que hubiese declarado como acusado antes que, por ejemplo, el Sr. De los Cobos). También implica una posible afectación del derecho de defensa de éstas; una limitación de las preguntas por las partes no proponentes de los testigos y, en definitiva, una limitación en orden a esclarecer la verdad de los hechos (muy en especial en la semana 5). Abundando aún más en

ello, esta situación ha provocado que se hayan derivado actuaciones y/o declaraciones que podrían afectar a testigos citados que decidieron acogerse al derecho de no declarar contra sí mismos. Las referencias en uno de los interrogatorios a la Sra. Núria Llorach, entre otras (investigada por el Juzgado de Instrucción número 13 de Barcelona), son buena muestra de ello (lo que pudo verse en la semana 6 de las sesiones del juicio oral).

3. La imparcialidad del Tribunal en relación al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE y 6.1 CEDH).

En el examen de la posible lesión del derecho al tribunal imparcial, el Tribunal europeo de Derechos Humanos ha distinguido entre una dimensión subjetiva y otra objetiva. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de perjuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente, conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Y, así, el Tribunal distingue, entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto (Piersack c. Bélgica, sentencia de 1 de octubre de 1982, ap. 30).

El hecho de que el Tribunal Supremo adoptase diversas decisiones en el transcurso del proceso, principalmente mediante la resolución de recursos contra las decisiones del juez instructor y aquéllas que afectaban a la situación personal de los acusados y las acusadas, ha provocado una toma de postura previa sobre la causa. Entre los magistrados de la Sala que está juzgando la causa especial 20907/2017 figura alguno que, según el Acuerdo de 11 de enero de 2018, forma parte de la "Sala de recursos" frente a dichas resoluciones.

En cuanto a las medidas cautelares, la Sala que juzga la causa 20907/2017 ha tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la prisión provisional de los acusados, y en sus resoluciones a este respecto insiste en que "no ha tomado contacto con las diligencias practicadas durante la instrucción" (Auto de 26 de julio de 2018, y en términos muy similares los autos posteriores). Ahora bien, la Sala, en fecha de 25 de octubre de 2018, dictó dos autos, el primero confirmando el auto de conclusión del sumario y el segundo acordando la apertura del juicio oral. La imposibilidad de acceder al contenido del primero de esos autos -pues no está publicado en el CENDOJ ni tampoco aparece en bases de jurisprudencia privadas-, impide formular una valoración sobre el alcance del control ejercido por la Sala y hasta qué punto dicho control sí comportó un contacto con aquellas diligencias de instrucción.

En cuanto a la introducción de los hechos en el proceso, la imparcialidad objetiva podría

cuestionarse en atención a la pregunta que, en aplicación del art. 708-II LECrim, formuló el presidente del Tribunal por iniciativa propia a uno de los testigos (sesión 17 de 14 de marzo de 2019; semana 5). Se alude con ello a la pregunta que el presidente formuló al testigo, Sr. Trapero, relativa a una reunión que él habría promovido con responsables tanto políticos como policiales. El presidente señaló que formulaba esa pregunta para "depurar los hechos" que habían sido declarados por el Sr. Trapero; y con la pregunta pretendía conocer qué preocupación motivó que el testigo convocase dicha reunión; es decir, "qué mensaje quiso transmitir a esos responsables políticos". La pregunta denota que el presidente actuó como parte en el proceso en lugar de mantenerse en el rol imparcial que le correspondía. Y ello porque como la STC 13/02 ha establecido (interpretando precisamente el art. 708 de la LECrim), la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que el juzgador mantenga una neutralidad y no emprenda una actividad inquisitiva encubierta sustituyendo a la acusación o enmendando su actividad acusatoria.

Y desde una doble perspectiva tanto subjetiva como objetiva, durante el desarrollo del juicio oral se han producido otras situaciones comprometedoras de la imparcialidad del Tribunal. En la sesión del día 25 de abril de 2019 (semana 11, sesión 36) el presidente de la Sala consideró que sería un "insulto" para los miembros del Tribunal que el testigo, catedrático de Derecho constitucional, disertara sobre el derecho de autodeterminación. En la sesión de 6 de mayo de 2018 (semana 13, sesión 39), durante el interrogatorio de un testigo propuesto por una de las defensas y al que se le preguntaba por qué cierto sindicato animó a participar en protestas posteriores al día 20 de septiembre de 2017, el presidente se dirigió a la abogada que estaba en uso de la palabra, y considerando que le estaba preguntando al testigo por una valoración sindical de los hechos, le instó a no formular más preguntas en dicho sentido, añadiendo: "Yerra usted en la estrategia defensiva, no tiene ninguna trascendencia". En la sesión de 14 de mayo de 2019 (semana 14, sesión 44), el presidente de la Sala condicionó de manera constante las declaraciones de los testigos, a los que interrumpió para que prescindieran de ciertas consideraciones. La situación fue, si cabe, más manifiesta en el caso de la segunda testigo que intervenía en dicha sesión, a la que desde un inicio el presidente se dirigió expresando que, a la vista de sus contestaciones, el interrogatorio no empezaba bien, y apelando a su condición de profesora de filosofía, le ordenó que prescindiera de todo tipo de valoración o apreciación personal sobre los hechos. Asimismo, la constante interrupción al abogado Sr. Benet Salellas quien finalmente renunció a seguir preguntando -a lo que el presidente con acritud añadió "mucho mejor"- también pone en evidencia la quiebra del principio aquí examinado.

Finalmente, el hecho de que dos de los magistrados que conforman la Sala fueran, a su vez, miembros de la Junta Electoral Central, es un hecho que en nada ayuda a la imagen de imparcialidad analizada. No consta en el Acuerdo 55/2019, de la Junta Electoral Central, que los dos magistrados de la Sala juzgadora que formaban parte también de este órgano se abstuvieran en su votación (semana 5), en la que se prohibió que las instituciones catalanas mostraran en sus fachadas lazos amarillos.

4. El derecho a la igualdad de armas procesales

(arts. 24.2CE y 6.1 y 3 CEDH)

Su concepto y precisión ha sido ampliamente configurado por el Tribunal europeo de Derechos Humanos, quien ha destacado que el principio de igualdad de armas –uno de los elementos de la noción más amplia del proceso justo– requiere que a cada una de las partes en un proceso se le ofrezca una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no se le coloque en una posición desventajosa con respecto a su oponente (Caso Kress c. Francia, sentencia de 7 de junio de 2011, ap.72).

Por su parte, en la STC 307/2005, el Tribunal Constitucional español ha puesto de relieve que la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio, que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso. Asimismo, la STS 677/2015 ha revaluado ese derecho al señalar que del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.

Diversos son los ejemplos de la quiebra del derecho examinado. La negativa a la exhibición de vídeos cuya proyección hubiese permitido contrastar la veracidad, o no, de numerosos testigos de las acusaciones, como luego se indicará mejor, es una muestra. Otro ejemplo se manifiesta en la imposibilidad de mostrar a testigos documentación (distinta de los vídeos citados) que consta en la causa: así, en la sesión 9 (28 de febrero), la defensa del Sr. Cuixart preguntó al Sr. Zoido como testigo si el 4 de octubre recibió una carta del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Éste contestó afirmativamente, pero añadió que no recordaba la razón de la preocupación del Comisario, por lo que el letrado solicitó la exhibición de la carta: el presidente de la Sala no se lo permitió.

La desigualdad de armas también se puso de manifiesto cuando, por ejemplo, no se permitió hablar del twitter del policía con pseudónimo “Tácito” en las redes sociales (cfr. sesión 22, día 26 de marzo), pese a que curiosamente en este proceso se habían tratado los mensajes de twitter de modo profuso. Tampoco se permitió preguntar a la letrada de la administración de justicia (actuante en los hechos relativos al 20 de septiembre de 2017) acerca

de su participación en una asociación (cfr. sesión 12, día 6 de marzo), pese a que a una gran cantidad de testigos se les preguntaba muchas veces si pertenecían a Òmnium Cultural o a la ANC (cfr. entre muchas otras, las sesiones 9, 15 y 35). Asimismo, y en diversas ocasiones, el Tribunal no suspendió el juicio, tal y como solicitaron algunas defensas, para incorporar documentación de la que no disponían las partes defensoras y sí la acusación. Habrá que examinar, una vez dictada la sentencia, hasta qué punto esta anomalía procesal, que podría romper la igualdad de armas, se transforma en causa de indefensión material y, por tanto, en vulneración del art. 24 CE.

5. El derecho de defensa y el principio de contradicción

(art. 24.2 CE y 6.1 y 3CEDH)

En primer lugar, debe aclararse que todo cuanto se ha dicho de modo previo, y se dirá posteriormente, afecta de modo evidente al derecho de defensa. Se da, pues, por reproducido todo ello, de modo estructural, para centrarse ahora en algunos otros aspectos específicos que pasan a enumerarse sin ánimo de exhaustividad, pero representativos de la indefensión tratada.

a) La imposibilidad de contar con el tiempo y medios para la defensa

Los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras no tuvieron el tiempo necesario para preparar su defensa inmediatamente antes de ser citados ante la Audiencia Nacional, que decretó su encarcelamiento, como acaba de señalar (entre otros) el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas. Sin perjuicio de cuanto se dirá después sobre la privación de libertad, es evidente que una medida tan gravosa debió de haber permitido una preparación de las defensas que carecieron del tiempo y medios para ser tal.

b) La realización de sesiones extenuantes por su larga duración

Durante numerosas sesiones del juicio oral, su duración ha sido extenuante para las personas acusadas (y en especial para quienes están privados/as de su libertad), durante tantos días y a lo largo de cuatro meses, lo que les ha podido impedir seguir con suficiente entereza el juicio y preparar a fondo su defensa. Así, por ejemplo, las declaraciones de los acusados y acusadas en las semanas núm. 2 y 3, los acusados presos estuvieron en el Tribunal desde las 8 horas de la mañana hasta las 22.30 horas, hora en que acabó el interrogatorio (segundo día de vista). Llegaron a la cárcel alrededor de medianoche, cuando ya no había cena caliente ni tampoco posibilidad de ducharse, teniendo que levantarse al día siguiente a las 6 horas para volver al Tribunal. Algunas defensas se quejaron de que los procesados tuvieran que declarar en estas condiciones, por no encontrarse en plenas facultades para ser sometidos a

interrogatorio durante horas (semana 2). También en las semanas 5 y 6 pudo comprobarse in situ el estado físico de extremo cansancio de los acusados y las acusadas, al salir casi a las 22 horas de la Sala, repitiéndose el mismo iter de traslado al centro penitenciario y regreso en los días sucesivos. No se respetó, en consecuencia, el derecho al descanso nocturno del art. 77.2 del Reglamento Penitenciario que establece que “en cualquier caso, se garantizarán ocho horas de descanso nocturno”.

c) La arbitraria alteración del orden de declaración de los testigos (semanas 2 y 3).

El orden de la práctica de la prueba no ha sido seguido, sino que la elección del orden de las declaraciones respondió al hecho de que el testigo hubiese ocupado un cargo político, con independencia de qué parte le había propuesto. Algunas defensas solicitaron, por ejemplo, que los testigos que habían propuesto (Sra. Núria de Gispert, Sr. Gabriel, Sr. Albano Dante, Sr. Iñigo Urkullu, Sr. Ernest Benach y Sr. Juan Ignacio Zoido), declararan después de que se hubieran practicado las testificales de la acusación, para garantizar el derecho de defensa de los procesados, al conocerse el contenido completo de la acusación para ser eficazmente contradicho. En Sala, el presidente del Tribunal afirmó que se atendería a su petición, pero sin embargo, en la diligencia de ordenación de 22 de febrero, siguieron constanding estos testigos para la semana siguiente.

d) El orden de la práctica de la prueba

Respecto del orden de práctica de la prueba, el artículo 701 LECrim establece que los testigos de la acusación declararán los primeros y los solicitados por las defensas después. Los testigos solicitados por las defensas de los acusados, como prueba, forman parte del derecho de defensa; y, por lo tanto, es imprescindible haber practicado la prueba de la acusación de forma íntegra previamente para poder contradecirla. El Tribunal puede modificar el orden de las testificales de forma excepcional mediante una decisión motivada: pero ello no se ha hecho, sino que se tramitado por diligencia de ordenación de la letrada de la administración de justicia. Por ejemplo, en la semana 3 declararon los altos cargos políticos, independientemente de si los habían citado las defensas y, a partir de la siguiente semana, se continuaron practicando las testificales de la acusación.

Además, el “desorden” en la citación de testigos no permitió concentrar el examen de los distintos delitos imputados por la acusación (entre otras, las semanas 5 y 9), afectándose, así, al derecho de defensa.

Las partes no conocieron el calendario completo del juicio, lo que dificultó enormemente la preparación de los interrogatorios (por ejemplo, en la semana 2). Semana tras semana se informaba a las partes del calendario inmediato, lo que limitó las posibilidades de desplegar una estrategia de defensa en función del calendario establecido.

Y este desconocimiento del calendario completo y del orden de citación de los testigos, provocó la imposibilidad de una buena preparación de las defensas (semanas 2, 3, 6, 9, 10)

e) La limitación de los interrogatorios

La limitación de los interrogatorios practicada sin cobertura legal, y establecida como “pauta metodológica” por el presidente de la Sala no ha permitido que la parte que no hubiera propuesto un testigo le preguntase más allá de lo interrogado por la parte proponente, especialmente, cuando quienes repreguntaban eran las defensas (muy en especial, a partir de la semana 3 en adelante).

También sin cobertura legal, el Presidente no permitió contradecir testimonios con aportación de documentos o pases de vídeos, lo que podría estar comprometiendo el art. 6.3.d. CEDH, en tanto que no permite controlar la credibilidad de las declaraciones del testigo ni hacer emerger dudas sobre las mismas. Se pone, así, en riesgo el principio de contradicción y el derecho a la defensa. Esta limitación afecta, especialmente, cuando se aborda la posible violencia de las concentraciones en Cataluña a partir del 20 de septiembre de 2017 (ver entre otras, las semanas 3, 4, 7, 8).

Además, permitir la inmediación de la contradicción hubiese facilitado la posibilidad de detectar posibles casos de falso testimonio, como parecía derivarse de las declaraciones de algunos guardias civiles y policías nacionales, cuyas expresiones y lenguaje se tratarán más adelante. (en especial, las semanas 6, 7 y 8).

Por otra parte, el presidente, en reiteradas ocasiones, ha interrumpido a los letrados y letradas de las defensas en sus interrogatorios a testigos, especialmente cuando señalaban contradicciones o intentaban confrontar sus declaraciones con otro material probatorio existente en la causa: anteriores declaraciones de los testigos, información aparecida en medios de comunicación, declaraciones de otros testigos o de los acusados o documentos audiovisuales. No puede verificarse la credibilidad de testigos con rigurosidad si no se pueden confrontar sus declaraciones con otras preguntas, con la exhibición de documentos o de material videográfico, materializando el principio de contradicción propio de la jurisdicción penal.

f) La protección de algunos testigos (de la acusación) por parte de la presidencia

La presidencia ha protegido algunos testigos de la acusación (semana 4). Al preguntarse sobre “las generales de la ley”, varios casos han suscitado controversia. Pueden citarse dos: el primero, es el del Sr. Pérez de los Cobos, a quien el Presidente olvidó el día de su declaración preguntarle sobre si había estado procesado en alguna ocasión. Al día siguiente hubo de subsanar ese defecto y el testigo tuvo que reconocer que sí. El segundo, es el caso del Sr. Trapote quien negó sus responsabilidades penales anteriores y luego ha sido desvelado por la prensa que fue el autor de un disparo por la espalda que acabó con la vida

de una persona en 1974. Por lo demás, no constituye un dato menor destacar, pese a que muy poco afloró en dicho trámite de las “generales de la ley”, que hasta seis mandos (entre algunos del Ministerio del Interior, Policía Nacional y Guardia Civil), tenían antecedentes penales por delitos de tortura y otros contra la integridad moral (habiendo dado incluso lugar a sentencias condenatorias a España por el TEDH en virtud de violación del art. 3 CEDH)².

6. El derecho a la práctica de la prueba (art. 24.2 CE y art. 6.1 y 3 CEDH)

a) El interrogatorio de los acusados

En primer lugar, debe señalarse que el art. 6 del CEDH y el art. 24 CE recogen la declaración de los acusados como un derecho fundamental, y como un medio de defensa. El art. 24.2 CE indica que los acusados pueden usar los medios de prueba pertinentes para su defensa y tienen derecho a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La LECrim no regula el interrogatorio de los acusados en la fase oral, por lo que el desarrollo de éste debe respetar las garantías señaladas por el mencionado art. 24.2 CE.

Si bien la Sala permitió la declaración de las personas acusadas, se produjeron numerosas interrupciones por parte del Ministerio Fiscal dificultándoles en exceso la exposición de sus argumentos. También en relación al interrogatorio de los acusados, debe destacarse que, en algunas ocasiones, el Ministerio Fiscal incurrió en imprecisiones y en preguntas que podrían ser sugestivas y/o capciosas. Es el caso del interrogatorio al Sr. Rull (en la sesión 5, del día 20 de febrero) a quien se le atribuyeron expresiones inexistentes en un documento (reconociéndose posteriormente la confusión); o a la Sra. Bassa (en la sesión 5, del día 20 de febrero), a quien se le preguntó sobre un supuesto correo electrónico que no consta en las actuaciones, o la interpretación errónea del contenido de un tweet en catalán. Durante el interrogatorio al Sr. Forn (sesión 3, del día 14 de febrero), el presidente tuvo que intervenir en numerosas ocasiones para solicitar al fiscal que formulara preguntas concretas, sin inducir el acusado a adherirse a la interpretación de algunos documentos propuestos por la acusación, lo que alimentó el clima acusatorio del juicio.

² Algunos de estos policías también comparten un pasado policial oscuro sobre el que planean casos de torturas, malos tratos, muerte de detenidos o justificación de las actuaciones anteriores. Así ha sido también el caso de un comandante de la Guardia Civil (TIP N29100C, secretario de los atestados vinculados con el 1-O) procesado por un delito de torturas, condenado en primera instancia, y absuelto por el Tribunal Supremo (y, cabe recordar que dos miembros de entonces forman parte de la actual Sala). Lo que se ha dejado de decir del testigo, sin embargo, es que, finalmente, el TEDH dictó sentencia condenatoria contra el Estado español por violación del art. 3 CEDH (prohibición de la tortura). Cadenas, pues, de declaraciones que pueden haber sido contaminadas en origen por funcionarios implicados en hechos bien sombríos (semana 10).

Asimismo, y pese a que la Sala, al resolver sobre las cuestiones previas (sesión 3, día 14 de febrero), avisó que el interrogatorio únicamente podría abordar aspectos fácticos y no podría dar lugar a la introducción de debates de elementos ideológicos, ello no impidió que el Tribunal permitiera a representantes del ministerio público realizar preguntas en referencia a la filiación política e ideológica de los y las acusadas. Ejemplos de ello fueron las preguntas realizadas al Sr. Forn (sesión 3, día 14 de febrero), respecto a si era socio de Òmnium Cultural y de la Asamblea Nacional Catalana; y al Sr. Turull, sobre si era socio de Òmnium Cultural (sesión 4, día 19 de febrero). El Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado también preguntaron reiteradamente por la asistencia a manifestaciones, así como si se fue a votar el día del referéndum (por ejemplo, interrogatorio al Sr. Carles Mundó, sesión 5, del día 5 de febrero). Todo ello puede interpretarse como la introducción de elementos de criminalización en el ejercicio de derechos fundamentales.

Como ya se ha expuesto en el apartado sobre cuestiones sustantivas, durante los interrogatorios se puso en cuestión el legítimo ejercicio de derechos fundamentales, como en el caso del interrogatorio al Sr. Sánchez (sesión 6, día 21 de febrero), en que en tono de criminalización se le preguntó por parte del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado por su participación en la convocatoria de manifestaciones o concentraciones (conviene recordar que la Constitución en su art. 21 garantiza el derecho a reunión o manifestación sin autorización previa). También es importante resaltar el hecho de que, en diversas ocasiones, como en los interrogatorios al Sr. Turull (sesión 6, día 25 de febrero) o al Sr. Cuixart (sesión 7, día 26 de febrero), los mismos acusados tuvieron que solicitar amparo al Tribunal debido a las constantes interrupciones de los representantes del Ministerio Fiscal mientras respondían a las preguntas, manifestando que sentían violado su derecho a la defensa.

Finalmente señalar, sin perjuicio de cuanto se dirá después, que en el interrogatorio al Sr. Sánchez (sesión 6, día 25 de febrero), y ante la petición por parte de la letrada de la defensa del Sr. Cuixart de poder mostrar una serie de vídeos, el presidente de la Sala introdujo lo que denominó una “pauta metodológica”, determinante para el resto del desarrollo de la fase de juicio oral: el presidente señaló que el visionado de documentos videográficos durante los interrogatorios de los acusados y acusadas, únicamente podría tener lugar cuando resultara imprescindible para que el acusado pudiera contestar a una pregunta concreta. En caso contrario, habría que esperar a la fase de la prueba documental (vid. infra).

b) La prueba testifical

i) El trato desigual de los testigos de las partes

En el art 6.3 d) CEDH queda establecido que todo acusado tiene derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. En caso caso Delcourt contra Bélgica (sentencia de 17 de enero

de 1970), el Tribunal europeo de Derechos Humanos ya señaló que una interpretación restrictiva del art. 6 sería contraria a la finalidad y al objeto de la misma disposición, dada la preeminencia del derecho a un proceso equitativo en una sociedad democrática. Y advirtió que, dicha interpretación, se impone tanto al Tribunal europeo como a las jurisdicciones nacionales, las cuales deben tomarla en cuenta en la interpretación y aplicación de dicha disposición. En España, es el art. 24.2 CE el que prevé el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. La prueba testifical practicada en este proceso penal, sin embargo, ha sido severamente devaluada como consecuencia de numerosas incidencias que seguidamente se indican.

La devaluación de la prueba a que se alude se acentuó al impedir poder confrontar en un mismo acto las declaraciones testificales con las imágenes grabadas de los hechos (vídeos), “metodología” impuesta por la Sala que impidió que aflorasen posibles contradicciones, como ya se ha indicado, causándose un efecto directo sobre la valoración de la prueba por parte del Tribunal. Ello, además, y como también se ha dicho, dificultó la labor de las defensas en aras a evidenciar o cuestionar la credibilidad de los testigos –elemento central de toda prueba testifical. A pesar de que el presidente de la Sala insistió, una y otra vez ante las protestas de los letrados, en que los vídeos se verían en un momento posterior, esa visualización postergada de los mismos les hizo perder la efectiva capacidad probatoria con la que habían sido propuestos, al separarse y descontextualizarse del momento en que los testigos los situaban en el tiempo y en el espacio (entre tantas otras, semana 9).

Además de haberse denegado la admisión de numerosa prueba testifical propuesta por las defensas, no fueron pocas las declaraciones de los testigos por ellas propuestos que fueron claramente interrumpidos y dificultados por el presidente de la Sala. Multitud de ejemplos a lo largo de las sesiones podrían destacarse, pero tal vez y en aras a la brevedad, deba ser citado aquí uno de sus máximos exponentes: la declaración de la testigo Sra. Marina Garcés, en fecha 14 de mayo, donde la diferencia de trato respecto a los testigos de la acusación, los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o de la letrada de la administración de justicia encargada del registro de la Consejería de Economía (20 septiembre de 2017), resultó evidente. La interrupción constante a dicha señora puso en evidencia el trato desigual a las partes que se observa. Aun más grave resultó, la actitud mostrada por el presidente de la Sala frente al abogado defensor Sr. Benet Salellas, a quien –como ya se explicaba anteriormente- le espetó un (textualmente) “mucho mejor”, poniendo fin a la práctica de una prueba y causando un incidente que pone en entredicho la imparcialidad del juzgador.

Ello se contrapone con las declaraciones de los testimonios ofrecidos, por ejemplo, por el Sr. Zoido, Sr. Rajoy o Sra. Saénz de Santamaría. En la sesión 8, del día 27 de febrero, durante el interrogatorio por parte del letrado Sr. Melero, la testigo Sra. Saénz de Santamaría evadió la práctica totalidad de las preguntas formuladas, hasta el punto en que el abogado, dirigiéndose al presidente, planteó que la actitud de la testigo coincidía con la conducta propia del testigo renuente, prohibida por el art. 460 Código Penal. En el mismo sentido,

la abogada Sra. Arderiu preguntó a la testigo si tenía conocimiento de que la declaración de independencia no se publicó, y ni siquiera se votó. Una vez más, la Sra. Sáenz evadió la pregunta. Tras la intervención del presidente del Tribunal compeliéndola a responder, la testigo contestó que no sabía si se publicó. En la sesión 9, del día 28 de febrero, durante el interrogatorio al Sr. Zoido, éste no respondió a muchas de las preguntas formuladas por las defensas por no acordarse si los hechos se produjeron o no, o por desconocimiento, especialmente a preguntas de la letrada de la Sra. Borràs. Frente a esos testigos, la actitud del presidente de la Sala ha sido sumamente condescendiente, y ello puede ser nuevamente indicativo de un trato desigual a las partes. En especial si se tiene en cuenta que en una de las testificales propuestas por las defensas, respuestas como “no lo sé” o “no lo recuerdo” motivaron que el presidente señalara al testigo que este tipo de respuestas podrían suponer el procesamiento por falso testimonio.

ii) El problema de la comunicación de los testigos

El problema a que se alude es el de si existe pérdida de fiabilidad en las declaraciones de los testigos por el posible visionado –previo- del juicio en televisión, y si se agrava dicho problema cuando las declaraciones de los testigos de la acusación –mandos del Gobierno, Ministerio del Interior, Policía Nacional y Guardia Civil- se producen en cadena, en días sucesivos, por orden jerárquico de superior a inferior, pudiendo haber visionado las declaraciones previas los mandos inferiores de las de sus superiores.

Y ello es importante pues eran testigos de máxima relevancia de las acusaciones en orden a probar delitos muy graves. Conviene empezar por recordar que el art. 704 LECrim indica que los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona. Asimismo, el art. 435 LECrim prohíbe la comunicación entre testigos.

Así, por ejemplo, en la sesión 8 (del día 27 de febrero), el abogado Sr. Pina preguntó al Sr. Rajoy si se había comunicado con algún testigo o si había seguido el desarrollo previo del juicio, debido a que, durante el interrogatorio del fiscal, hizo referencia a una declaración de la Sra. Sáenz en sala. El Sr. Rajoy, en evidente estado de incomodidad, respondió que lo pudo “leer en los periódicos digitales”. También algunos de los testigos han aludido a declaraciones testificales previas, con frases como “así se ha dicho aquí [en este juicio]”, denotando que conocían el contenido y, por tanto, en contra de la garantía de incomunicación de los testigos durante la práctica de la prueba (particularmente, en la semana 8). Y muchos más ejemplos, como en el próximo apartado se ahondará, tuvieron lugar en sucesivas semanas, cuando agentes policiales repetían, viniendo o no a colación, palabras tales como “tumulto”, “muralla humana”, “violencia” o “odio” que habían introducido en el interrogatorio sus superiores. El problema, pues, apunta directamente a la posible dirección y contaminación de testigos de la acusación.

La jurisprudencia sobre este particular problema procesal señala que “un testigo jamás puede escuchar la declaración del testigo precedente”. Y, para ello, se prevén medidas de incomunicación de los testigos en el juicio oral, las cuales, reguladas en el artículo 366 de la LEC, presentan una serie de particularidades que abren el debate acerca de si su infracción pueda ser considerada como motivo de nulidad de la declaración o de pérdida de credibilidad.

En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles. Ciertamente, podría entenderse ésta como una regulación anticuada respecto del momento comunicacional (televisivo) actual pero, primero, sigue siendo derecho vigente; y segundo, si bien pudiera aceptarse que la comunicación entre testigos no es condición de validez de la prueba testifical, sí que, en cambio, puede afectar seriamente a su credibilidad (ver, entre otras STS 153/2005), como seguidamente se desarrollará.

iii) Falta de espontaneidad y uso del lenguaje

La preocupación relativa a la comunicación entre testigos que obtienen una información previa a su declaración, al poder visionar lo que antes han dicho otros testigos, ha adquirido un rango mayor al observarse que los mandos policiales, en un orden jerárquico de mayor a menor, iban realizando sus declaraciones tras haber podido escuchar previamente lo declarado por sus superiores, pudiendo construir así, como antes se apuntaba, unos relatos acusatorios de dudosa espontaneidad, tal y como exige la jurisprudencia que emana de la LECrim (particularmente, a partir de la semana 4).

En efecto, en las declaraciones de testigos policiales se han repetido insistentemente conceptos y descripciones de sucesos. Así, examinadas las sesiones numeradas de 8 a 34, en las que declaran fundamentalmente los máximos cargos políticos, ministeriales y de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Sres. Rajoy, Nieto, Millo, Pérez de los Cobos, Gozalo, Trapote y Baena, y Sra. Sáez de Santamaría), así como setenta y seis guardias civiles y noventa y cuatro policías nacionales, el examen del lenguaje empleado por estos casi doscientos testigos centrales de las acusaciones, arroja algunos resultados interesantes:

- Una coincidencia llamativa en el tipo de descripciones efectuadas que pone en duda la espontaneidad en el empleo del vocabulario utilizado.
- Un recuento –aproximado y sin perjuicio de una más detallada visualización de las sesiones aludidas- revela la cantidad de veces, de repeticiones, de palabras que son claves en la pretendida demostración de elementos de los tipos penales de los que se acusa. Así, la palabra “insurrección” es empleada en nueve ocasiones; “odio” en catorce ocasiones; la expresión “barreras y/o murallas humanas” en

quince; el término “tumulto” en dieciséis; el vocablo “resistencia activa” en treinta y nueve; las expresiones “hostil, hostigar, hostigamiento y hostilidad” en cincuenta y dos casos; la palabra “masa” en noventa y una ocasiones; y el término “violencia” en ciento nueve (desglosado en actos y hechos violentos, actitud violenta).

- Aunque en muchos de esos casos se trata de valoraciones subjetivas que en nada relacionan a los acusados con los hechos imputados, han sonado insistentemente en la Sala (en cifra cercana a las cuatrocientas manifestaciones lingüísticas) que han ido creando un particular clima que, pese a numerosas protestas de las defensas, por la característica estereotipada o entrenada del lenguaje, ha sido permitido por el presidente de la Sala. En efecto, la utilización de expresiones tan similares, tan repetidas, podría denotar, o bien que tales declaraciones estarían orquestadas y preparadas, o bien que sencillamente su visualización previa como ya se ha explicado, ha provocado dicho resultado. Sea como fuere, por una u otra razón cuya intencionalidad no se valora aquí, sí se observa cuanto menos una seria afectación en orden a la credibilidad de estos testimonios claves para sostener las graves acusaciones.
- Por otra parte, la forma en que se ha permitido la práctica de la prueba testifical de las acusaciones, como se ha examinado, denota una concepción muy restrictiva del ejercicio constitucional del derecho de reunión que comparten, además de los policías declarantes, las acusaciones en la causa; ambas se han ido entrelazando en el propio lenguaje. Y, en esta línea, destaca también la negativa del presidente de la Sala de aceptar preguntas sobre si la ciudadanía reunida ante los centros de votación ejercía legítimamente sus derechos fundamentales. De todo ello podría deducirse que el Tribunal tendió a escuchar con primacía el relato de la violencia alegada por las acusaciones y sustentada en las declaraciones de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (semana 9).

c) Las denominadas investigaciones prospectivas y el valor de los atestados policiales

Como es sabido, las investigaciones así denominadas, están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico (puede consultarse expresamente, entre otras, la Memoria anual de la Fiscalía 2017). Se trata de las investigaciones ad prevenida. Esa nota de generalidad que las caracteriza, y que opera sin una notitia criminis concreta, se ha observado en la presente causa, constituyendo posiblemente una diligencia de mala praxis que está en el origen de estas actuaciones. Y no puede consentirse que el celo de algunos fiscales cause situaciones de indefensión por unas investigaciones prospectivas de la policía sin ningún control jurisdiccional.

Cuando aparece una notitia criminis, el fiscal debe comunicarla con la mayor celeridad posible al juez natural para evitar investigaciones “preprocesales” que escapen del control

jurisdiccional. Y, en caso de que dichas investigaciones pudieran conllevar limitación de derechos fundamentales, éstas deberían adoptarse por el juez competente en el seno de unas diligencias judiciales. Es una regla básica del estado de derecho y así lo proclaman el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal europeo de Derechos Humanos al prohibir las investigaciones meramente prospectivas o las llamadas causas generales, dirigidas a la busca genérica de infracciones penales.

La existencia más que de indicios en la causa que podrían indicar que las investigaciones iniciales del año 2015, bajo las órdenes de la Fiscalía³, y que siguieron en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, son unas investigaciones prospectivas, estarían afectando al derecho de defensa de los encausados y las encausadas (cfr. semana 7). Particular punto de preocupación proviene de las pocas preguntas que en este sentido pudieron realizar las defensas –pocas porque el presidente vetó el contraste entre atestado y declaración del testigo Sr. Baena- y que han puesto al descubierto que el objeto de la investigación, iniciada en 2015, no eran unos hechos concretos sino un movimiento político.

Se trataba, así, de una “investigación prospectiva”, que pondría en evidencia dos cuestiones: por una parte, que podría tratarse éste de un proceso político, no posible en el marco del proceso penal español; y, de otra, y si se demostrara que el director operativo de las investigaciones, a las órdenes del fiscal Zaragoza, no actuó con absoluta neutralidad e imparcialidad como exige la ley (cosa que no se ha podido demostrar aún porque la Sala ha impedido la reproducción de la grabación en la que el propio Sr. Baena afirmaba que era “Tácito” en las redes sociales), resultaría también evidente la falta de credibilidad de este testigo (semana 7).

Este tipo de actuaciones, por otra parte, se vinculan con el valor de los atestados policiales en el juicio oral. Ciertamente, el valor probatorio de los atestados sólo es pleno si son ratificados en el juicio oral. Pero en este proceso el presidente rechazó contrastar las declaraciones de algunos testigos con los atestados del proceso penal, y ello hubiera resultado clave para poder realizar el principio de contradicción en esta fase del juicio, y mucho más en el presente caso, en el que la instrucción (y el decreto de prisión provisional) se han fundamentado en gran medida en tales atestados.

Si además, como se ha indicado, numerosos atestados podrían ser a la vez parte y resultado de una “investigación prospectiva”, desarrollada sin imparcialidad, ni conocimiento de las partes y, por todo ello, prohibida en nuestro ordenamiento, la contaminación que semejantes investigaciones efectúan de la causa penal resulta de extrema preocupación en cuanto a lo que pueda afectar al derecho a la prueba y al de defensa.

³ La Instrucción de 2015 del entonces fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Sr. Zaragoza, señalaba actos que genéricamente “pueden ser cometidos en el curso de este ilegal proceso independentista”, como invadir con fuerza la asamblea legislativa, alterar su funcionamiento, e impedir a sus miembros acudir a sus sesiones. Similares casos, según el fiscal, ocurrirían si se injuria, se amenaza o se invade de forma violenta instituciones como el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, el Tribunal Constitucional, el Supremo o el CGPJ, o a las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

d) La prueba pericial

La pericial propuesta por la Fiscalía y la Abogacía del Estado en la causa 20907/2017 tuvo como finalidad determinar si se destinaron fondos públicos a la organización, preparación, logística, financiación y ejecución del referéndum del día 1 de octubre de 2017. El objeto de la práctica de dicha pericial era el de someter a contradicción el informe emitido por la Intervención General del Estado a petición del Juzgado de Instrucción núm.13 de Barcelona, en fecha de 28 de octubre de 2018.

Las peritas propuestas por la acusación eran todas ellas funcionarias públicas adscritas al Ministerio de Hacienda. Durante la práctica de la prueba se puso de manifiesto que, en contra de lo dispuesto en los arts. 337.1 y 378.2 LEC y 346 LECrim, en las actuaciones no constaba por escrito el informe que iba a ser sometido a contradicción.

Ello comportó tanto una limitación en la práctica de la propia pericial, como la exclusión de la posibilidad de presentar una contrapericial. Y durante las preguntas dirigidas a una de las peritas se tuvo conocimiento de que la misma colaboró con la Guardia Civil en la redacción de un informe sobre los gastos del referéndum. Dicha circunstancia puede determinar que su declaración sólo pueda ser tratada procesalmente como la de un testigo-perito. En consecuencia, el informe de estas peritas, que tenían más la apariencia de ser testigos de parte que de auténticas expertas neutrales o imparciales, no ha podido ser confrontado eficazmente por las defensas y cabe muchas dudas de que constituya verdaderamente una prueba pericial y no un mero informe de acusación.

e) La prueba documental

La práctica devaluada de la prueba documental, en el sentido indicado de que no se permitió la exhibición de los vídeos conjuntamente con la prueba testifical, puede ser indicativa de una vulneración del derecho a la práctica de la prueba y a su posibilidad de contradicción.

También debe señalarse que, al iniciarse la práctica de esta prueba, las defensas pusieron de manifiesto que no quedaba clara la renuncia del Ministerio Fiscal a la utilización de numerosos documentos que no relacionó expresamente y que ello podía poner en peligro la estrategia de defensa. Y también se quejaron de que después del auto de admisión de pruebas sobrevino la petición de incorporación de otras pruebas (de la Abogacía del Estado, por ejemplo) sin que se diese lugar a un trámite de cuestiones previas para someterlas a debate. En definitiva, diversas defensas plantearon que no podían diseñar una estrategia específica frente a documentos que sólo afloraban al final de las sesiones en el trámite de práctica de la prueba documental. La no aceptación del Tribunal de tales alegaciones provocó nueva-

mente la protesta de las defensas y nuevas alegaciones de indefensión que se suman a las anteriormente citadas.

En cuanto a la exhibición de los vídeos propiamente dicha, el presidente recordó que no admitiría comentarios sobre los mismos y que sólo permitiría que se señalara el lugar y fecha de cada uno, sin contextualizaciones de las partes. En la práctica de la prueba, también, algunas defensas advirtieron del peligro de una falta de fiabilidad técnica en la validación de diversos vídeos. Especialmente negativo fue el hecho de que, en diversos casos, el fiscal no fuese capaz de precisar el lugar de vídeos que igualmente se exhibieron y que hacían referencia, además de a la violencia policial del 1 de octubre de 2017, a otros acontecimientos acaecidos entre septiembre y noviembre de 2017. En algún caso, incluso, tuvo que ser expresamente corregido por algún letrado de la defensa, al equivocarse el fiscal de lugar y fecha. Todo ello demuestra el desprecio por parte del fiscal por la práctica de una prueba tan relevante y por él mismo solicitada, además de quedar desvirtuado el valor probatorio de los vídeos que presentó.

f) El trámite de conclusiones definitivas

El día 29 de mayo, por la tarde, unos minutos después de haber concluido la práctica de la prueba documental, las acusaciones elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales y presentaron sus escritos respectivos. Básicamente, mantuvieron la casi totalidad de manifestaciones vertidas en los escritos de calificación provisional con alguna variación en orden a una petición penal (del acusado Santiago Vila).

En primer lugar, es de destacar que los cientos de folios que componen los escritos de las tres partes acusadoras se presentaron, como se ha dicho, unos minutos después de haber terminado el visionado de los vídeos, es decir, de la finalización de la práctica de la prueba documental. No se esperó, por tanto, a observar cómo discurría dicha actividad probatoria: el material acusatorio ya se traía previamente confeccionado con evidente menosprecio a los elementos de valoración que pudiesen emerger de la prueba señalada. Podrá decirse que se trata de una práctica habitual del foro. Pero, frente a ello, conviene hacer tres observaciones:

- i) se trata de un juicio extraordinario (no olvidemos que se denomina causa “especial”);
- ii) el material probatorio de los vídeos estaba precisamente orientado a la determinación de los elementos de los tipos penales (violencia, alzamiento...);
- iii) el hecho de que una mala praxis se repita a menudo, no la convierte en buena praxis. Ni siquiera se tuvo este cuidado.

En segundo lugar, resulta desconcertante que, sin haber valorado las pruebas acabadas de practicar, se persistiera en el mantenimiento de la acusación por rebelión –luego argumen-

tado oralmente- al señalar el Ministerio Fiscal que en Cataluña había existido violencia, un alzamiento y un golpe de Estado.

En tercer lugar, el único cambio substancial de la Fiscalía fue la solicitud expresa de la aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2 del Código Penal para que no se pudiera, durante la ejecución de la pena, clasificar en tercer grado de tratamiento a los condenados hasta haber cumplido, al menos, la mitad de las penas. La mención no es menor, y añade un punto más de carácter retributivo a la acusación del ministerio público.

Por lo demás, la presentación de las conclusiones ante la Sala exhibió –por parte de los cuatro fiscales que hicieron uso de la palabra- un tono de extrema dureza, plagado de inferencias políticas (al tiempo que paradójicamente se negaba el carácter político del juicio) y, por cierto, de algunos errores importantes, como cuando el fiscal señaló que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, que recientemente se pronunció solicitando la libertad de tres de los acusados, pertenecía al Consejo de Europa, cuando pertenece a la Organización de las Naciones Unidas.

Posteriormente, se practicó el Informe final de las defensas los días 11 y 12 de junio, así como el turno para el derecho a la última palabra de las doce personas acusadas. En general, se reivindicó el ejercicio de derechos fundamentales, la dureza de la prisión preventiva de tan larga duración y la afectación de la misma en las personas presas y sus familiares. Debe destacarse que ha existido una desproporción manifiesta entre las siete horas destinadas a las tres acusaciones y las doce horas destinadas a las doce defensas –una hora por acusado, a pesar de la gravedad de los delitos y las penas solicitados y la larga duración de juicio-, lo que denota un desequilibrio de las partes en cuanto a la utilización de los tiempos y medios necesarios para la defensa.

7. El derecho a la libertad y la prisión provisional (art. 17 CE)

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria dio traslado⁴, el 8 de agosto de 2018, al Gobierno de España la denuncia relativa a los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras. El Gobierno de España aceptó el requerimiento, solicitó incluso una extensión del plazo de con-

⁴ Conviene recordar, ante todo, que dicho Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria fue creado en virtud de la resolución 1991/42 de la Comisión de Derechos Humanos. En su resolución 1997/50, la Comisión prorrogó y aclaró el mandato del Grupo de Trabajo. Con arreglo a lo dispuesto en la resolución 60/251 de la Asamblea General y en la decisión 1/102 del Consejo de Derechos Humanos, el Consejo asumió el mandato de la Comisión. La última vez que el Consejo prorrogó el mandato del Grupo de Trabajo por tres años fue en su resolución 33/30. Se está, por tanto ante un órgano propio del Derecho Internacional de los derechos humanos, del llamado sistema universal de protección, que halla su base fundamental en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, que entró en vigor en 1976 y un año más tarde fue expresamente ratificado por España.

testación (que le fue otorgado), y respondió a las alegaciones el 8 de noviembre de 2018, sin haber cuestionado ni el papel, ni la competencia internacional del Consejo de Derechos Humanos.

Pues bien, en dicha resolución, una vez oídas las partes (el representante de los presos citados y el representante del Reino de España), se declara:

i) el carácter arbitrario de las prisiones provisionales hasta hoy mantenidas; ii) la “inmediata” puesta en libertad de los tres recurrentes; iii) el derecho a “obtener una indemnización”; iv) la “adopción de las medidas pertinentes contra los responsables de la violación de sus derechos”; v) el establecimiento de un procedimiento de seguimiento del cumplimiento de lo resuelto.

Las prisiones provisionales de los acusados han sido calificadas como arbitrarias porque:

- se derivan del ejercicio de derechos y libertades fundamentales (categoría II);
- se decretaron en violación del derecho a tener el tiempo y los medios adecuados para ejercer la defensa (categoría III);
- fueron adoptadas en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la independencia judicial e imparcialidad de los tribunales y el derecho a un juicio justo (categoría III);
- fueron decididas por juez y tribunal carente de competencia (categoría III).

También, el pasado 18 de junio, Amnistía Internacional volvió a solicitar la puesta en libertad de los y las personas presas.

La contundencia de estos argumentos y de estas peticiones contrasta con la debilidad de los argumentos que tanto las acusaciones como la Sala esgrimen para el mantenimiento de estas largas medidas excepcionales, que en algunos casos ya superan los seiscientos días de prisión. Y el mantenimiento de semejante medida excepcional en esta causa especial produce un cúmulo de afectaciones gravísimas que se proyectan, de un lado, respecto de la situación de las propias personas privadas de libertad, y, de otro, respecto de la situación de todas sus familias.

Las peticiones de puesta en libertad fueron denegadas por la Sala el 21 de junio con una dura descalificación del Grupo de Trabajo citado. El Tribunal argumentó que el mismo no es competente, que su dictamen es meramente “informativo” y empleó unos calificativos que implican un fuerte desprecio por el derecho internacional de los derechos humanos, del llamado “sistema universal” alojado en las Naciones Unidas. La desobediencia que el Tribunal exhibe con esta última resolución constituye un peligroso antecedente. El derecho (también el internacional) debe ser acatado siempre.

III. CONCLUSIONES

Aspectos sustantivos:

1. Existe un Código Penal vigente y ese es, obviamente, el derecho que la Sala juzgadora debe aplicar. Los tipos penales no pueden extenderse analógicamente in malam partem a voluntad de la acusación o del juzgador. Dada la construcción de la acusación y la base fáctica que la fundamenta, una condena por los delitos de rebelión o sedición solo sería posible, en el presente caso, si tales tipos delictivos se recrearan fuera del vigente Código a fin de adaptarlos a los hechos que sí han quedado probados durante el juicio.

2. Las acusaciones han sido incapaces de determinar cuándo y dónde tuvo lugar el alzamiento como acción base de los delitos de rebelión y de sedición. Y sin alzamiento no hay conducta delictiva al faltar el verbo rector de ambos tipos delictivos.

3. Sin precisar cuándo tuvo lugar el alzamiento, las nociones de "violencia", "violencia ambiental", "violencia normativa" o "tumulto" carecen de virtualidad por sí mismas para apreciar la concurrencia de los tipos penales de rebelión o sedición. Aun así, tampoco han quedado demostradas ni la "violencia" ni las acciones "tumultuarias" (que, en todo caso, también requieren violencia). A lo sumo, sólo se ha podido demostrar que, en los cientos de concentraciones que tuvieron lugar entre septiembre-octubre de 2017 en Cataluña, se vieron "caras de odio", se insultó a los agentes, se lanzaron esputos o patadas y, esporádicamente, algunos objetos, y se dañaron tres coches. Pero, en derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva por los propios actos, no siendo trasladables tales supuestos actos violentos esporádicos a los imputados.

4. Además de no concurrir los elementos básicos de esos tipos penales, tampoco ha quedado demostrada la idoneidad ex ante de las conductas encausadas para alcanzar los fines de cada delito. La ciudadanía, supuestamente convocada a la calle por los acusados y acusadas, se concentró bien para protestar por diversas actuaciones policiales y judiciales que estaban teniendo lugar en esas fechas en Cataluña (detenciones, registros sin orden judicial, por ejemplo), bien para manifestar su opinión (el día 1 de octubre) sobre el futuro político de Cataluña, en un acto carente de validez jurídica e incapaz de generar una transformación del orden constitucional, ni de impedir a la autoridad pública el legítimo ejercicio de sus funciones. La ciudadanía, pues, manifestó su opinión y su ideología a través del derecho de reunión y de manifestación que la Constitución española reconoce.

5. Tras el juicio, y derivándose de la prueba practicada que entre los hechos demostrados no están presentes los elementos de esos tipos penales (alzamiento violento o tumultuario), que en ninguna de las concentraciones se portaron armas, o que ninguna de ellas tenía la posibilidad de alcanzar los fines delictivos –prueba de ello es que en ningún momento se activó el estado de sitio (art. 116 CE)-, el empecinamiento de las acusaciones en mantener tal imputación rompe el principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución) y corrobora que este proceso penal, sin fundamento en el derecho vigente, ha sido más bien un proceso a las ideas políticas de los encausados y las encausadas. Se les ha juzgado por quienes son, no por la antijuridicidad de sus conductas.

6. La conducta criminal que se atribuye a tres de los encausados (Sres. Cuixart, Sànchez; Sra. Forcadell), además, estaba protegida por el ejercicio de derechos fundamentales. Los Sres. Cuixart y Sànchez, que han sido procesados por convocar reuniones y manifestaciones, actuaban amparados por la libertad ideológica, el derecho de reunión y la libertad de expresión. Dejando a un lado que muchas de las manifestaciones y concentraciones de protesta a las que se ha aludido durante el juicio no fueron convocadas por ellos (o no sólo), lo cierto es que todas las convocatorias que cursaron, según se ha visto, llamaban a un ejercicio responsable de la libre reunión, en el sentido previsto en el art. 21 CE (reunión “pacífica y sin armas”). De acuerdo con este precepto constitucional, el llamamiento a protestar por las detenciones de cargos del gobierno y de la administración en concentraciones pacíficas o la llamada a participar el 1 de octubre en la expresión multitudinaria de la posición ciudadana sobre el futuro de Cataluña como comunidad política, no son sino convocatorias a expresar la libre ideología, que ninguna relación mantienen con un hipotético alzamiento. Ser independentista y reclamar la consecución de un Estado propio está protegido por la Constitución española, según ha sostenido el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias sobre el concepto de “democracia militante”; y lo sigue estando cuando se reclama de forma conjunta en reuniones públicas, pacíficas y no violentas.

7. La Sra. Forcadell, en su actuación como presidenta del Parlamento, estaba amparada por la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria y por el derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE al libre ejercicio de cargo público. Así, en primer lugar, en virtud de la prerrogativa de la inviolabilidad, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no era posible abrir procedimiento alguno contra ella por la emisión de sus opiniones o votos en ejercicio de su actividad parlamentaria, como ahora ha sido el caso. En segundo lugar, como miembro de la Mesa y garante, a su vez, de la inviolabilidad del Parlamento frente a las injerencias de otros poderes del Estado, cumplió escrupulosamente con su función y deber parlamentarios al no permitir, basándose en constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la potestad fiscalizadora de la mesa respecto de las distintas iniciativas parlamentarias, que ningún poder interfiriera en esa inviolabilidad. Interpretarlo de otra manera hubiera sido reconocer expresamente un sistema de gobierno de los jueces. Y, en tercer lugar, su voto positivo a la tramitación de las iniciativas parlamentarias por las que se la encausa supuso un legítimo ejercicio de su derecho fundamental al desempeño de

su cargo público (art. 23.2 CE) libre de injerencias.

8. Cuando se ejercen derechos fundamentales, como recuerda el Tribunal Constitucional, y es el caso de esos tres encausados, no es posible, al mismo tiempo, cometer delito alguno. Y cuando todas las conductas encausadas son ajenas al Código Penal y debe éste forzarse para seguir manteniendo la acusación para que recaiga una pena sobre las mismas, se produce una señal inequívoca de que tras esta vía inquisitoria está presente la persecución, no de conductas criminales, sino de ideas políticas.

—

Aspectos procesales:

9. A lo largo de la presente causa especial, comprendidas la instrucción y el juicio oral, se han producido numerosas violaciones que afectan a las garantías del debido proceso penal, con una muy especial afectación a derechos fundamentales, al juez predeterminado por la ley e imparcial, a la defensa, a la práctica de la prueba, a la igualdad de armas, y al derecho a la libertad.

10. En cuanto al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE y art. 6 CEDH), la manifiesta falta de competencia de la Audiencia Nacional ha viciado de nulidad el procedimiento no siendo sostenible que la transferencia del caso al Tribunal Supremo subsane las irregularidades anteriores. Ninguno de ellos constituye el “juez natural” constitucional, sino que lo es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, según el ordenamiento jurídico vigente. Es más, se desconoce cómo se conformó la Sala, qué normas se siguieron y por qué sus integrantes son esos y no otros magistrados.

11. La fragmentación de las investigaciones judiciales ha provocado una disgregación de este proceso penal en cuatro distintos (ante el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona). Ello ha comportado problemas muy importantes que afectan a derechos fundamentales y garantías procesales, generando indefensión. Esta disgregación ha impedido a las defensas en el proceso seguido ante el Tribunal Supremo, conocer las actuaciones llevadas a cabo ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, de las que se han valido las acusaciones para aportar como prueba documental gran cantidad de elementos que no fueron, previamente, ni conocidos ni sometidos a contradicción por las defensas.

12. La imparcialidad del Tribunal en relación al derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24.2 CE y 6.1 CEDH) también se ha visto seriamente afectada. El hecho de que miembros de la Sala del Tribunal Supremo hayan adoptado diversas decisiones en el transcurso del proceso, principalmente mediante la resolución de recursos contra las decisiones del juez instructor, provocó una toma de postura previa. Asimismo, el hecho de que dos de los magistrados que conforman la Sala sean, a su vez, miembros de la Junta Electoral Central, es un hecho que en nada ayuda a la imagen de imparcialidad analizada. También, las interrupciones del presidente de la Sala a las defensas y, entre otras, al interrogatorio del abogado Benet Salellas señalándole, cuando decidió no preguntar más ante las permanentes

obstrucciones del presidente, quien (textualmente) les espetó un “mucho mejor”, quiebran la imparcialidad objetiva del Tribunal.

13. El derecho a la igualdad de armas (arts. 24.2 y CE y 6.1 y 3 CEDH) se ha visto vulnerado en numerosas ocasiones por el diferente trato dado a los testigos de la acusación (muy protegidos por la Sala), respecto de los testigos de la defensa, desequilibrando así la posibilidad del derecho a la práctica de la prueba de modo equitativo.

14. El derecho de defensa y el principio de contradicción (art. 24.2 CE y 6.3 CEDH), como consecuencia de cuanto se señala, han sido gravemente comprometidos. Ello por diversas situaciones: por la imposibilidad de contar con el tiempo y medios para la defensa, en especial en el momento de decretarse los encarcelamientos (como acaba de declarar la ONU); por la realización de sesiones extenuantes por su larga duración, que afectó especialmente a los acusados presos y a su capacidad de seguimiento de las sesiones a lo largo de cuatro meses de juicio; por el desconocimiento del calendario completo y el orden de citación de los testigos, por el desorden en la práctica de las pruebas alterándose las reglas de la LECrim; o por la limitación de los interrogatorios en los que se advirtieron protecciones indebidas de algunos testigos (de la acusación) por parte de la presidencia de la Sala.

15. El derecho a la práctica de la prueba (art. 24.2 CE) se ha visto vulnerado seriamente como consecuencia de situaciones de diversa índole. En lo que se refiere a la prueba documental, cabe destacar su devaluación al no permitirse la exhibición de los vídeos especialmente sobre los hechos del 20-S y 1-O de 2017 a los testigos de las acusaciones para poder contradecir declaraciones de muy dudosa verosimilitud. También la prueba testifical ha adolecido de importantes obstáculos para su plena realización. Además del trato desigual a los testigos de las partes y la protección de muchos testigos de las acusaciones, el problema de la comunicación (previa) de los testigos que pudieron visualizar las declaraciones de sus superiores jerárquicos (Policía Nacional y Guardia Civil) ha ocasionado una flagrante vulneración de la LECrim. Ello provocó una total falta de espontaneidad y uso de un lenguaje estereotipado o entrenado, consecuencia de las visualizaciones de las declaraciones de los superiores jerárquicos de unos doscientos mandos del Ministerio del Interior, de la Policía Nacional y de la Guardia Civil; situación que plantea el debate sobre la nulidad o sobre la pérdida de credibilidad de semejante prueba fundamental de las acusaciones.

16. La utilización de “investigaciones prospectivas” constituye otro elemento que vulnera el derecho al juez imparcial y a la defensa y que conviene destacar separadamente. Se ha revelado que la Instrucción de 5 de noviembre de 2015, que fuera impulsada por el Sr. J. Zaragoza, entonces Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, y conducida por el Teniente Coronel Sr. Baena, tenía como motivo investigar de modo genérico el movimiento político catalán cercano a la causa independentista. Ello prueba que se abrió una causa general proscrita en nuestro ordenamiento jurídico y que derivó (después) en el inicio de las diligencias del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona con todo un “procedimiento preprocesal” en

el que los acusados no tuvieron la posibilidad de conocer, ni de comparecer, ni de contradecir los materiales ya presentados.

17. En el trámite de conclusiones del juicio oral, en el que las acusaciones han mantenido casi idénticos sus iniciales relatos, presentaron cientos de folios conclusivos sólo unos minutos después de exhibido el último video. Sin esperar, pues, a la valoración de la práctica de dicha prueba videográfica, se presentaron las conclusiones de todas las acusaciones con absoluto menosprecio a la práctica de una prueba tan decisiva.

18. El derecho a la libertad (arts. 17 CE y 5 CEDH), se ha visto vulnerado desde el inicio del proceso penal. Tal y como el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha declarado, los Sres. J. Sànchez, J. Cuixart y O. Junqueras sufren prisiones preventivas arbitrarias porque los encarcelamientos se derivan del ejercicio de derechos y libertades fundamentales; porque se decretaron en violación del derecho a tener el tiempo y los medios adecuados para ejercer la defensa; porque fueron adoptados en vulneración del derecho a la presunción a la inocencia, a la independencia judicial e imparcialidad de los tribunales y el derecho a un juicio justo; y porque fueron decididas por juez y tribunal carente de competencia para ello. Por ello, se insiste en la inmediata puesta en libertad de esos tres recurrentes; y se reclama el derecho a obtener una indemnización, la adopción de las medidas pertinentes contra los responsables de la violación de sus derechos, y el establecimiento de un procedimiento de seguimiento del cumplimiento de lo resuelto.

19. Las peticiones de puesta en libertad fueron denegadas por la Sala el 21 de junio con una muy dura descalificación del Grupo de Trabajo citado. El Tribunal argumenta que dicho grupo no es competente, que su dictamen es meramente “informativo”, y emplea unos calificativos que implican un fuerte desprecio por el derecho internacional de los derechos humanos, del llamado “sistema universal” alojado en las Naciones Unidas. Es llamativo que, durante los tres meses que el Estado español tuvo para evacuar el traslado que la ONU le dio (concediéndole incluso un mes más de plazo porque así fue solicitado), no presentó ninguna de las quejas que hoy presenta. La desobediencia que el tribunal exhibe con esta última resolución constituye un peligroso antecedente. El derecho (también el internacional) debe ser acatado siempre.

20. En atención a todo lo anteriormente señalado, puede concluirse que el presente proceso constituye una causa general, de carácter político que, amparándose en una pretendida presentación jurisdiccional y procesal, se ha traducido en una clara manifestación de represión de ejercicio de derechos fundamentales y de ideas políticas.