

**Francisco Javier Mena Parras**

# **Sobre el carácter excesivo de las decisiones de los tribunales españoles en respuesta al conflicto catalán**

## **1. Introducción**

En la España de hoy, en la que se ha despertado un ¿nuevo? nacionalismo español, del que amplios sectores parecen únicamente perseguir que se adopte una respuesta vengativa y ejemplarizante frente a los ataques a la unidad de España independientemente de que dicha respuesta se ajuste a la legalidad o a un determinado concepto de justicia más cosmopolita, tal vez muchos se estén acostumbrando o resignando a que la respuesta al conflicto catalán que se ha venido dando en determinadas decisiones políticas y judiciales recientes sea apoyada y justificada, aparentemente, por buena parte de la opinión pública y, definitivamente, por la mayoría de la clase política y los representantes de las más altas instituciones del Estado, la opinión publicada y los medios de comunicación en general.

Y ello, aunque a juicio del que escribe estas líneas, tales decisiones, y en especial aquellas de naturaleza judicial en respuesta a lo que se ha comúnmente denominado como el “desafío soberanista” o “independentista” y que constituyen el objeto de análisis del presente artículo, resulten excesivas y muy difícilmente justificables desde el punto de vista legal y de respeto a los derechos humanos.

Ante este panorama desolador, y al mismo tiempo que se perpetúan los efectos de las decisiones de los tribunales españoles en relación con los responsables del “procés” que condujo al referéndum del 1-O y a la declaración de independencia del 27-O, resulta pertinente volver a lo esencial. Esto es, al análisis de las decisiones judiciales de los tribunales españoles en respuesta al conflicto catalán y, especialmente, aquellas de naturaleza penal adoptadas por el Tribunal Supremo (TS) y el juez Pablo Llarena, instructor de la causa principal de una serie de causas que cuentan ya con decenas de investigados, entre los que figuran los “consellers” del anterior Govern de la Generalitat, miembros de la antigua Mesa del Parlament, así como diferentes representantes políticos y otras personas que han jugado un rol destacado en el movimiento independentista. De esta manera, un análisis de conjunto de las decisiones más relevantes permitirá presentar una visión lo suficientemente completa del asunto, lo que hará resurgir, desde el punto de vista que aquí se defiende, el carácter excesivo de las mismas que desde aquí se pretende denunciar.

## **2. Apuntes sobre los excesos de los tribunales españoles, y del Tribunal Supremo y el juez Llarena en particular**

Antes de entrar en el fondo del asunto, permítanme una *reflexión inicial*, y es que a veces también suele olvidarse algo que parece a todas luces obvio. Se ha repetido hasta la saciedad que nunca habiéramos llegado hasta aquí si el independentismo catalán no hubiera llevado hasta el final su estrategia de obtener la independencia por la vía unilateral, lo que es evidentemente

cierto. Pero, al mismo tiempo, tampoco estaríamos en este punto si la respuesta del Gobierno de Mariano Rajoy, y de una mayoría del Parlamento español, a la demanda pacífica, democrática y legítima de una mayoría de catalanes sobre la posibilidad de decidir su futuro político hubiera estado marcada por el principio democrático, y no por la negación de cualquier tipo de diálogo al respecto, la cerrazón en la defensa de la unidad de España y el escudarse en el poder judicial para que éste aporte una respuesta acorde con sus intereses a toda una problemática jurídica que tampoco hubiese tenido lugar de no haber concurrido su propia incapacidad para abordar debidamente una serie de cuestiones esencialmente políticas.

Dicho lo cual, y aun creyendo que la respuesta al conflicto en Catalunya no puede ni debe dejarse exclusivamente en manos de los jueces, y menos aún por la vía de la justicia penal, no cabe duda de que en el marco de las actuaciones que condujeron al referéndum del 1-O y a la declaración de independencia del 27-O, algunos de los responsables del “procés” han podido incurrir, presuntamente, en la comisión de una serie de delitos, como los de desobediencia, prevaricación o malversación. Más allá, evidentemente, de la acusación de los delitos de rebelión y sedición, que son objeto específico de análisis del presente artículo. Asimismo, tampoco parece muy discutible que tanto las leyes de referéndum de autodeterminación y de transitoriedad jurídica del 6 y 7 de septiembre como la declaración de independencia del 27 de octubre aprobadas por el Parlament de Catalunya el pasado año, aun no siendo esta última efectiva, supusieron un ataque frontal a algunos de los principios esenciales del orden constitucional español.

Pero conviene recordar que, en la persecución de los eventuales delitos cometidos y la protección de los legítimos intereses en cuestión, la respuesta de los tribunales no puede, en ningún caso, efectuarse sin tener debidamente en cuenta el respeto de otros principios igualmente esenciales del ordenamiento jurídico español y, especialmente, el *respeto del principio de legalidad y de los derechos y libertades fundamentales*. Y no resulta, a mi juicio, que ése haya sido el tenor de las decisiones de los tribunales españoles y, más particularmente del TS y del juez Llarena que son aquí objeto específico de análisis, algo que por otro lado es igualmente extensible a las decisiones de la Audiencia Nacional hasta el momento. Sin carácter necesariamente exhaustivo, ténganse en cuenta los siguientes elementos.

## **2.1. La acusación de los delitos de rebelión y sedición**

La acusación del *delito de rebelión*, del que el Código Penal (art. 472) considera responsables a “los que se alzaren violenta y públicamente para [...] declarar la independencia de una parte del territorio nacional”, se realiza de manera manifiestamente infundada al no concurrir en modo alguno el requisito exigido de violencia. A tal efecto, resulta evidente que la única violencia que existió el día 1 de octubre del pasado año fue aquella ejercida por la actuación brutal, excesiva y desproporcionada de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Tampoco parece poder apreciarse, como ha sido apuntado subsidiariamente por el TS, un delito de conspiración para la rebelión teniendo en cuenta el carácter completamente pacífico del movimiento independentista. Esta acusación totalmente injustificada de la comisión de un delito de rebelión es además particularmente grave en la medida en que debe recordarse que éste puede castigarse con la pena de hasta 25 o, en su defecto, 30 años de prisión, y que permitiría la suspensión automática del ejercicio de cargos públicos de aquellos investigados que ostenten dichas funciones y se encuentren en situación de prisión provisional en el momento en que se dicte auto de

procesamiento contra ellos mientras dure la situación de prisión [1].

Por otro lado, en cuanto a la acusación del *delito de sedición*, mediante el que se castiga con la pena de hasta 15 años de prisión “los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales” (art. 544 del Código Penal), éste parece igualmente infundado o cuanto menos despierta numerosas dudas. Esto es así desde el momento en que durante las famosas movilizaciones de los días 20 y 21 de septiembre, más allá del hecho que la Guardia Civil no se viera efectivamente impedida de realizar la práctica de las diligencias que se le había ordenado por orden judicial, no parece lo más razonable el considerar que la manifestación tuviera un carácter tumultuario, ni que pueda desprenderse de la actitud de los convocantes o responsables de dicha manifestación que el objetivo perseguido fuera el de impedir la actuación de la Guardia Civil o el que se produjeran disturbios. De acuerdo con este último argumento, incluso en el caso que se considere que tales disturbios o tumultos hubieran tenido lugar, conforme al principio de responsabilidad personal, no podría atribuirse a los responsables de la manifestación o a aquellos que llamaron a la ciudadanía a participar en la misma aquellos hechos realizados por otras personas. El mismo razonamiento puede ser aplicado a los hechos del 1-O en el caso que finalmente no se consideraran como constitutivos del delito de rebelión, y sí fueran en cambio juzgados subsidiariamente bajo el delito de sedición.

La acusación de la comisión de ambos delitos por parte de la Audiencia Nacional y su ratificación posterior por el Tribunal Supremo, aun cuando los requisitos exigidos para que éstos puedan ser observados no se ajusten a la realidad de los hechos o, en su defecto, que tales sucesos no puedan ser imputados personalmente a los investigados [2], tiene *dos consecuencias particularmente nefastas* a estas alturas del proceso. La primera es que se está procediendo a viciar en origen todo el proceso judicial, lo que ha arrastrado toda una serie de decisiones en cascada en las que, como será expuesto más adelante, se ha utilizado el argumento de que se han producido alzamientos tumultuarios y, más particularmente, situaciones de violencia para justificar la adopción de determinadas medidas extremadamente lesivas para algunos de los encausados que no ha lugar a ser decretadas. De esta manera, y más allá de servir de base imprescindible para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional [3], este argumento ha sido utilizado, en el marco de la evaluación del riesgo de reiteración delictiva, para justificar el ingreso y mantenimiento en prisión provisional de algunos de los encausados, y denegar la concesión de permisos de excarcelación, ante la posibilidad de que dichas situaciones de violencia pudieran reproducirse en el futuro.

La segunda consecuencia de revestir erróneamente los hechos descritos de un carácter delictivo es que ello permite multiplicar exponencialmente el número de investigados, más si cabe en la medida en que la apreciación de indicios suficientes en relación a la participación de los mismos en la comisión de los delitos respectivos se realiza con excesiva ligereza. Así, algunos de los investigados por ambos delitos son toda una serie de figuras políticas destacadas del independentismo —entre los que se encuentran los máximos responsables de los principales partidos independentistas, así como los presidentes y portavoces de los grupos parlamentarios favorables a la independencia— por su presunta participación en un supuesto comité estratégico y su apoyo político a la actuación parlamentaria y de ejecución del “procés” independentista [4].

Y, de manera igual o más sorprendente si cabe, también han sido acusados de la comisión de dichos delitos los miembros de la Mesa del Parlament que permitieron con su voto favorable la tramitación, el debate y la aprobación de toda una serie de resoluciones y leyes que condujeron a la declaración de independencia del 27-O, pese a que éstas hubieran sido declaradas inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional (TC) y la exigencia del mismo de paralizar la actuación legislativa en dicho sentido [5].

## **2.2. La existencia de indicios racionales de la comisión de los delitos de rebelión y sedición y de la participación en los mismos de los investigados**

En el marco de dichas acusaciones infundadas, resulta todavía más difícilmente justificable el mantenimiento, por parte del TS, de la orden de ingreso en prisión provisional adoptada por la magistrada Carmen Lamela de la Audiencia Nacional en relación con el “exvicepresident” Oriol Junqueras, al “exconseller” Joaquim Forn, y a los antiguos líderes de las entidades soberanistas ANC, Jordi Sànchez, y de Òmnium Cultural, Jordi Cuixart. De esta manera, en cuanto a la existencia de indicios racionales de la comisión de los delitos que se les imputan, parece difícilmente admisible que los investigados se encuentren en prisión provisional por la vinculación directa a una “explosión violenta” que el juez Llarena les atribuye (Auto de 4 de diciembre de 2017, FJ 4, nº 6, párr. 1).

Así, resulta igualmente injustificable el argumento desarrollado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en apelación para constatar la existencia de indicios suficientemente consistentes y verosímiles de la comisión del delito de rebelión y de la participación en el mismo de Oriol Junqueras —argumento extensible al resto de investigados, y de naturaleza muy similar al razonamiento que realizan los magistrados en cuanto al delito de sedición—, cuando se afirma que “aunque no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos” ni “tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido”, “mediante la defensa pública de la independencia unilateral y fuera de toda consideración y respeto a la ley vigente en el Estado [español], [...] la incitación a los ciudadanos a desobedecer las resoluciones del Tribunal Constitucional”, y “la invocación de la defensa del derecho al voto aunque fuera extramuros de la ley, [el recurrente] ha impulsado a los partidarios de su posición a movilizarse públicamente, ocupando espacios públicos, con la finalidad de hacer efectiva la declaración unilateral de independencia” (Auto de 5 de enero de 2018, FJ 2, nº 4, párr. 3). Algo, que según los magistrados del Supremo, haciendo gala de la construcción de un relato de los hechos alejado de la realidad, conduciría inevitablemente a la reacción del Estado, “que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza”, y que, por tanto, era previsible que “con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia”, lo que no podía ser desconocido ni por el “exvicepresident” ni por el resto de investigados (*Ibíd.*).

Como ya se ha defendido anteriormente, no parece razonable definir los hechos acontecidos los días 20 y 21 de septiembre como un alzamiento tumultuario por el que se persiguiera el impedir la actuación de la Guardia Civil o, en su defecto, atribuir a los convocantes o responsables de dicha movilización ciudadana o simplemente a aquellos que llamaron a participar en la misma su responsabilidad en los eventuales sucesos que pudieran revestir carácter delictivo, en la medida en que no existen indicios de que éstos hubieran podido inducir o provocar tales incidentes protagonizados por otras personas.

En cuanto al 1-O —y sin perjuicio de que el razonamiento anterior pudiera ser utilizado en el caso que dichos hechos fueran finalmente juzgados como constitutivos del delito de sedición, o que si la acusación se redujera subsidiariamente al delito de conspiración para la rebelión tampoco tendría razón de ser al no mediar concertación alguna de los investigados para hacer uso de la violencia—, es más que evidente que la única violencia que existió durante la jornada del referéndum fue la empleada por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, y que ésta sólo puede ser imputada a quienes la ejercieron, y no así a aquellos que llamaron a la ciudadanía a acudir pacíficamente a las urnas. Así, el razonamiento que siguen los magistrados del Tribunal Supremo para justificar la acusación de la comisión de este delito se realiza forzando la interpretación del requisito de violencia hasta límites manifiestamente contrarios al principio de legalidad.

### **2.3. La evaluación del riesgo de reiteración delictiva**

Tampoco resulta admisible que la prisión provisional, en el marco del análisis del riesgo de reiteración delictiva realizado por el juez Larena, se apoye en argumentos como que, en el caso de que los investigados fueran liberados de prisión o incluso excarcelados exclusivamente a efectos que pudieran acudir a las sesiones parlamentarias, existiría “la posibilidad de que su liderazgo volviera a manifestarse con movilizaciones ciudadanas colectivas violentas y enfrentadas al marco legal de nuestra convivencia” (Auto de 12 de enero de 2018, FJ 6, párr.. 1), pese a que éstas nunca existieran realmente. Resulta también difícilmente comprensible que la ponderación entre los distintos intereses en conflicto, por un lado el derecho de los diputados electos en prisión provisional a participar física y directamente de la actividad parlamentaria y por otro lado el interés de mantenerlos en prisión, se decante por este último y se deniegue el permiso de excarcelación fundamentándose en que “afrontar unas conducciones de salida y de retorno del centro penitenciario, en fecha y horas determinadas, con un punto de destino y de regreso bien conocido, y hacerlo con la garantía de que se desarrollarán despejadas del grave enfrentamiento ciudadano que puede impulsarse o brotar con ocasión del traslado de unos presos que suscitan su apoyo incondicional, es algo que este instructor no percibe con la garantía que reclama el mantenimiento de la pacífica convivencia que precisamente justificó la adopción de la medida cautelar” (*Ibíd.*, párr.. 3).

Todavía en relación con el mencionado riesgo de reiteración delictiva, y recordando que todos los encarcelados han acatado la Constitución y renunciado a la vía unilateral para conseguir la independencia [6], cabe destacar que resulta aún más incomprensible el pronunciamiento del juez instructor cuando aprecia dicho riesgo de reiteración delictiva en el caso de Quim Forn con posterioridad a que éste hubiera renunciado al acta de diputado del Parlament, así como manifestado su intención de abandonar la política.

Especialmente grave es que, en el mismo auto, el juez llegue a justificar dicha permanencia en prisión debido al mantenimiento de sus *ideas políticas soberanistas*. Así, en un ejercicio de acrobacia jurídica, y tras afirmar que el mantenimiento lógico de su ideario soberanista es la expresión de su legítima libertad ideológica, lo que es constitucionalmente válido, el juez considera que ello no impide que deba renunciar a integrar en su evaluación que “el convencimiento que mantiene posibilita una reiteración del delito que resultaría absurda en quien profese la ideología contraria”, ideología que coexiste, como sostiene seguidamente el juez, “con un contexto político en el que no hay certeza de que haya desaparecido la intención de alcanzar la independencia de Cataluña” (Auto de 2 de febrero de 2018, FJ 4, párr. 3). Al margen de cuál sea el contexto político catalán en la actualidad, este razonamiento en relación al mantenimiento del ideario político independentista, de nuevo puesto de manifiesto días más tarde en la evaluación del riesgo de reiteración delictiva de Jordi Sànchez, y en cierto modo implícito en las decisiones previas adoptadas tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional, convierte en algo más que legítimo el argumento según el cual los investigados que están en prisión provisional son en realidad presos políticos o de conciencia, y en cualquier caso muestra que lo que les mantiene a día de hoy en prisión es su ideología [7].

#### **2.4. La obligación de respeto de los derechos y libertades fundamentales**

Otro de los elementos que debe necesariamente tenerse en cuenta es la obligación de respeto de toda una serie de derechos y libertades fundamentales reconocidos tanto por la Constitución española como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, sobre la base de los argumentos ya expuestos, aquí se considera que han sido restringidos injustificadamente en relación con los investigados que se encuentran en situación de prisión provisional.

Véase así, en primer lugar, el *derecho a la libertad y a la seguridad*, en relación con el *derecho a la tutela judicial efectiva*, al no concurrir debidamente ni los indicios suficientes requeridos que determinen una posible responsabilidad en la comisión de los delitos que se les imputan ni el riesgo de reiteración delictiva que se exigen para la prisión provisional, en el marco de la acusación de unos delitos sobre la base de unos hechos que no parece siquiera que hayan tenido lugar. En segundo lugar, los *derechos a la libertad de expresión, de reunión y manifestación*, igualmente en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, que parecen papel mojado desde el momento en que tanto la defensa pública de la independencia unilateral como las llamadas (pasadas y potencialmente reproducibles en el futuro) a la movilización ciudadana pacífica por parte de los investigados justifican su ingreso y posterior mantenimiento en prisión provisional al considerarse erróneamente como responsables de una “explosión violenta” o de posibles futuras “movilizaciones ciudadanas colectivas violentas” que nunca antes existieron. En tercer lugar, sin perjuicio de lo que será analizado específicamente más adelante en cuanto a los derechos políticos de Jordi Sànchez en relación a la denegación de su puesta en libertad así

como de un permiso de excarcelación para poder asistir al Parlament y defender su candidatura a ser investido President de la Generalitat, es legítimo considerar que ha habido una violación del *derecho de participación política*, al decretar que aquellos que son diputados electos, pese a que puedan delegar su voto, no puedan en cambio participar directamente de la actividad del Parlament, de nuevo bajo el argumento de que su salida de prisión pudiera conducir a “movilizaciones ciudadanas colectivas violentas”. Y, por último, el *derecho a la libertad ideológica*, cuando se utiliza explícitamente la no renuncia al ideario independentista como argumento para su mantenimiento en prisión provisional.

## 2.5. Las incoherencias del proceso judicial

Convendría añadir que semejante desproporción injustificada en favor del interés de mantener en prisión a algunos de los líderes del “procés” en detrimento del respeto de sus derechos fundamentales, así como otras incoherencias del proceso judicial, han sido puestas de manifiesto por parte del propio juez Llarena cuando, de manera insólita, y pese a ordenar su detención en territorio nacional, ha rechazado emitir o, en su caso, mantener, una *orden europea e/o internacional de detención* en relación al “expresident” Carles Puigdemont y a cuatro “exconsellers”, así como a la antigua diputada de la CUP Anna Gabriel, instalados en Bélgica y Suiza respectivamente. Evitando así un procedimiento que obligaría a que una o más autoridades judiciales, tanto en Bélgica, como eventualmente en Suiza, se pronunciasen al respecto, y la posibilidad de que la entrega de los investigados fuera denegada, o autorizada sólo en relación a la persecución de determinados delitos [8].

Y no parece que tal posibilidad sea remota cuando, como se desprende de la actuación del juez Llarena, la razón principal por la que se retiró la orden europea de detención contra Puigdemont y los cuatro “exconsellers” fue el temor a que la justicia belga no concediera la entrega de los investigados por los delitos de rebelión y sedición, precisamente aquellos más graves y que más dudas generan de entre todos los que se les imputan. Más recientemente, el portavoz de la Oficina Federal de Justicia suiza, organismo que debería pronunciarse en primera instancia ante una eventual petición de extradición en relación con Anna Gabriel, avanzaba que dicha petición sería a priori rechazada en la medida en que “[s]e trata con toda probabilidad de un delito político”, lo que no sería conforme ni con el Código Penal suizo ni con el Convenio Europeo de Derechos Humanos [9]. Destacar igualmente, en relación con este último asunto, que el juez Llarena ha declarado que “las órdenes de detención internacional no deben cursarse por sospechas”, sino que “tienen que cursarse el día que ya se sabe que los hechos tienen indicios racionales de haberse perpetrado y que además integran un delito grave en España y un delito grave en el país al que se le pide la colaboración” [10].

La *estrategia dilatoria* del juez Llarena de postergar la emisión de las órdenes europeas e internacionales de detención pertinentes a un momento procesal posterior más oportuno, cuando haya auto de procesamiento y exista el respaldo de mayores indicios racionales de criminalidad, así como de documentos, y que hayan sido practicadas las declaraciones de otros encausados [11], no hace sino manifestar lo evidente. Esto es, que las sospechas o, en su caso, meros indicios que se consideran insuficientes para emitir a estas alturas del proceso judicial una orden de detención con suficientes garantías que vaya a ser tramitada favorablemente por otra autoridad europea o internacional no puede, bajo ningún concepto, justificar el ingreso y mantenimiento en prisión provisional de otros de los investigados. ¿O estamos dispuestos a

aceptar que las garantías y estándares legales internacionales valen fuera de España, pero no así dentro de nuestras fronteras?

## 2.6. La cuestión de la investidura

Por último, a la espera de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la aplicación concreta del famoso artículo 155 de la Constitución, una de las decisiones recientes más relevantes del Tribunal Constitucional a propósito del conflicto catalán es la que protagonizó a finales de enero pasado en relación a la admisión a trámite del recurso presentado por el Gobierno español que perseguía suspender el acuerdo del President del Parlament para la convocatoria de la sesión de investidura de Carles Puigdemont como President de la Generalitat —ante el temor que éste pudiera ser investido a distancia—. Y dicha decisión tampoco puede en absoluto considerarse al abrigo de críticas más que razonables. Así, frente a la opinión del Consejo de Estado y de sus propios letrados, quienes consideraban que no podía admitirse a trámite el escrito del Gobierno al tratarse de una impugnación preventiva, y lejos de responder sobre lo que debía pronunciarse, el TC no hizo ni una cosa ni la contraria, ni admitió ni inadmitió a trámite el recurso del Gobierno, sino que simplemente estableció una medida cautelar que no se le había solicitado, favoreciendo el objetivo perseguido por el Gobierno al condicionar la investidura de Puigdemont a su presencia en el Parlament, previa obtención de la *autorización del juez Llarena*.

Si bien el juez Llarena no tuvo finalmente que pronunciarse sobre dicho supuesto, no obstante, sí ha tenido que hacerlo muy recientemente en relación a la posibilidad de que Jordi Sànchez fuese puesto en libertad o que, subsidiariamente, obtuviese un permiso de excarcelación para acudir al debate de investidura y poder así optar a ser proclamado President de la Generalitat, lo que le fue denegado [12], contrariamente al único precedente que existía hasta entonces, de hace ya más de tres décadas, en el conocido como caso Yoldi. Así, frente a la solicitud de un permiso para que el diputado electo Juan Carlos Yoldi —entonces en situación de prisión provisional tras ser acusado de delitos de terrorismo— pudiera asistir a la sesión de investidura del Parlamento vasco y defender su candidatura a Lehendakari, el Pleno de la Audiencia Territorial de Pamplona [13], por unanimidad, sí concedió dicho permiso al concluir que “[s]i la legislación permite a los ciudadanos en prisión preventiva, aunque estén acusados de delitos castigados con penas severas, su presentación como candidatos a parlamentarios o presidentes de comunidades autónomas y son elegidos democráticamente, oponer trabas al ejercicio de su derecho lesionaría a su vez los derechos políticos de sus electores” (Auto de 21 de febrero de 1987, FJ 5).

Sin embargo, el juez Llarena, siguiendo la argumentación de sus pronunciamientos previos, antepuso el riesgo de reiteración delictiva y las graves consecuencias que dicha reiteración pudiera suponer sobre la libertad y el derecho de sufragio pasivo de Jordi Sànchez. Y lo hizo esta vez amparándose, adicionalmente, en “que los hechos cuya reiteración se teme afectan a valores constitucionales que tienen una proyección directa en los derechos subjetivos de toda la población”, en el marco de un supuesto conflicto puramente hipotético entre los derechos del investigado y los principios y derechos constitucionales de todos (Auto de 9 de marzo de 2018, FJ 10 y 15), y en que el riesgo de reiteración delictiva del encausado, a diferencia del caso Yoldi, se vería potenciado si éste obtuviera eventualmente el apoyo de la mayoría parlamentaria (*Ibíd.*, FJ 13, párr.. 2).

A mi juicio, el hecho de hacer prevalecer, en las circunstancias aquí previamente analizadas —y,

en particular, de la ausencia manifiesta de situaciones de violencia de las que pueda responsabilizarse a los líderes del independentismo— el mantenimiento (permanente) en prisión del encausado frente a su derecho a ser elegido President de la Generalitat deja los derechos políticos tanto de éste como de sus electores en algo prácticamente sin valor real alguno. Y en relación a los derechos de estos últimos, no puede justificarse tal restricción mediante el argumento de que la candidatura en la que se integraba el encausado “presenta otros integrantes, todos ellos con el mismo número de apoyos en los electores, en los que no se aprecian los riesgos colectivos que tratan de conjurarse” (*Ibíd.*, FJ 10). Argumento, por otro lado, que no hace más que reflejar algo ya implícito en algunos de sus posicionamientos anteriores, su aparente voluntad de condicionar las decisiones políticas que deben ser tomadas en Catalunya en la misma línea de los objetivos que persigue el Gobierno de Mariano Rajoy.

### **3. Para finalizar, un deseo**

Si a la luz de los posicionamientos recientes de los distintos tribunales españoles resulta difícil albergar muchas esperanzas de que los excesos aquí denunciados sean corregidos en un futuro próximo, parcial o en todo caso mayoritaria o totalmente, por el Tribunal Supremo o en su defecto por el Tribunal Constitucional, la única esperanza para subsanar los mismos parece residir pues en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Excepción hecha, eventualmente, de lo que pudieran disponer las autoridades belgas y helvéticas una vez reciban la euroorden de detención y la petición de extradición en relación con Carles Puigdemont, los cuatro “exconsellers” y Anna Gabriel, respectivamente.

Para concluir estas líneas, simplemente expresar el deseo de que una visión desde Estrasburgo, Bruselas o Berna, alejada del ruido (y la furia) nacionalista que se vive hoy en España, pueda revertir todos y cada uno de los excesos aquí denunciados —o cuanto menos aquellos de mayor gravedad— en materia de respeto del principio de legalidad y de los derechos y libertades fundamentales, y poner así fin a esta espiral sin sentido e intolerable para aquellos que valoramos el respeto de las garantías legales y los derechos fundamentales de los que deben gozar los investigados, al margen de cuál sea nuestro posicionamiento personal sobre la cuestión de la independencia de Catalunya.

### ***Post-scriptum (25/3/2018)***

Desde la fecha en que el presente artículo fue propuesto para su publicación han aparecido nuevas e importantes decisiones judiciales. De entre las mismas, y teniendo en cuenta su particular relevancia por la gravedad de las medidas adoptadas y el hecho que introducen elementos nuevos que no figuran en las decisiones previamente examinadas, es necesario mencionar autos como el de desestimación del recurso de apelación por parte del TS en cuanto a la puesta en libertad de Joaquim Forn, pese a que la Fiscalía había efectuado un cambio de criterio y solicitado la libertad provisional bajo fianza del encausado tanto por razones humanitarias (aparición de la tuberculina), como por la ausencia de riesgo de reiteración delictiva. Pero, sobretodo, son de especial importancia los autos del juez Llarena del viernes 23 de marzo, en una jornada negra para el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales en España, y uno de los días más oscuros de la historia reciente de Catalunya. Tres fueron las decisiones adoptadas ese día, que son brevemente analizadas a continuación.

En primer lugar, el juez Llarena hizo público el auto de procesamiento dictado dos días antes que

pone fin, en lo esencial, a la fase de instrucción. Si bien sobre tres de los investigados hasta entonces no recayó acusación alguna, y otros doce fueron únicamente procesados por su presunta comisión del delito de desobediencia, el auto confirmó los peores presagios en cuanto al delito de rebelión, por el que fueron procesados el “expresidente” Puigdemont, la mayoría de miembros del anterior Govern, los Jordis, la expresidenta del Parlament Carme Forcadell y la secretaria general de ERC Marta Rovira, quien no acudió a declarar ante el juez ese mismo día y emprendió el camino del exilio en Suiza. Por otro lado, los miembros del anterior Govern fueron igualmente procesados por el delito de malversación.

De entre los elementos novedosos que contiene el auto de procesamiento, es llamativo tanto el relato de las supuestas agresiones y lesiones sufridas por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad el 1-O, como el particular protagonismo que adquiere el *Libro Blanco de la Transición Nacional de Catalunya*, divulgado en 2014 y que recoge una serie de informes realizados por el Consejo Asesor para la Transición Nacional. Dicho documento no es más que eso, un conjunto de informes realizados por un consejo asesor, y no una base indiciaria de la comisión del delito de rebelión por parte de una serie de representantes políticos y sociales concertados para llevar a cabo un plan criminal como pretende el juez instructor. Más allá del “descubrimiento” de dicho documento, es necesario destacar la consideración a todas luces forzada del juez Larena para apreciar el requisito de violencia según la cual el Código Penal, al describir el tipo penal de rebelión con el adverbio “*violentamente*”, estaría persiguiendo a aquél que actuare de manera violenta, “lo que no presenta un contenido típico plenamente coincidente con actuar con violencia” (Auto de 21 de marzo de 2018, FJ 1, nº 2, párr. 1).

Esta apreciación fue acompañada por otra que alcanza prácticamente un carácter delirante, como es la de comparar los efectos de los *hechos del 20-S* con “un supuesto de toma de rehenes mediante disparos al aire”, sucesos que describió como un “cerco” o “asedio” en el que “la muchedumbre actuó como una *masa de fuerza*” (*Ibíd.*, párr. 3). Lo que el juez describe erróneamente como acontecido ese día es utilizado igualmente para argumentar la hipótesis de “que todos los involucrados en el proceso se representaran el riesgo de que futuras movilizaciones pudieran estallar con episodios de fuerte lesividad y daño en el grupo social”, sobre la base de la cual justifica la acusación de “impulsar a una masa ciudadana a que desborde por la fuerza cualquier intención de contención que pueda provenir del Estado, tal y como finalmente sucedió el [1-O]” (*Ibíd.*, párr. 4).

A continuación, el juez consideró que el delito de rebelión 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 desplegaron” (*Ibíd.*, FJ 2, párr. 3), pasando seguidamente a describir toda una serie de manifestaciones públicas y actuaciones gubernamentales, parlamentarias o de otra índole de los procesados que, en ningún caso, revisten elemento alguno de violencia ni pueden ser apreciadas dentro de un tipo penal que castiga exclusivamente un alzamiento público y violento.

En segundo lugar, el juez Larena dictó otro auto decretando la *prisión provisional* incondicional de los “exconsellers” Turull (protagonista el día anterior de una sesión de investidura fallida), Romeva, Rull, Bassa y la expresidenta del Parlament Carme Forcadell, en el que rechazó la posibilidad de que tanto el candidato Turull como el resto de los parlamentarios participasen en la

sesión de investidura prevista el día siguiente. La prisión provisional fue acordada sobre la base tanto del riesgo de fuga como del de reiteración delictiva, riesgo este último respecto del que el juez Llarena integra en su apreciación, de nuevo erróneamente, la previsión del citado Libro Blanco de que la voluntad popular e institucional continuaran manifestándose una vez se recuperaran las instituciones autonómicas eventualmente intervenidas.

En relación con el *riesgo de fuga*, el juez instructor apreció una mayor tentación a la fuga ante la pena de prisión por el delito de rebelión que podría recaer sobre los acusados una vez se ha dictado auto de procesamiento contra ellos, así como dos elementos suplementarios. Por un lado, al no apreciar “en su esfera psicológica interna un elemento potente que permita apreciar que el respeto a las decisiones de este instructor vaya a ser permanente” (Auto de 23 de marzo de 2018, FJ 3, párr. 7). Y, por otro lado, al considerar que “las motivaciones que impulsaron a los procesados a cometer los presuntos delitos que se les atribuyen, son compartidas por un amplio colectivo que se solidariza con su causa” y “en condiciones de prestar un soporte eficaz” (*Ibid.*, párr. 8). Ninguna de estas consideraciones parece constituir una conclusión que pueda razonablemente extraerse del debido análisis individualizado del riesgo de fuga de los procesados. En todo caso, y al margen de que el juez instructor acuerda la prisión provisional por un delito de rebelión manifiestamente inexistente, esta medida es adoptada sin siquiera tener en cuenta otras medidas menos lesivas, pero igualmente eficaces en relación al objetivo perseguido de evitar la fuga (como, por ejemplo, la imposición de una pulsera telemática), reflejando así el carácter desproporcionado de su decisión.

De esta manera, ante la suspensión para ejercer cargos públicos que recaerá sobre los procesados por rebelión que se encuentren en situación de prisión provisional una vez el auto de procesamiento sea firme, y que probablemente se pretenderá hacer extensible al resto de procesados por rebelión que no están actualmente encarcelados al haberse desplazado a otros países, el juez Llarena ha completado el *descabezamiento del movimiento político independentista* al que se refirió la vicepresidenta del gobierno español durante la campaña de las elecciones del 21-D.

En tercer y último lugar, el juez Llarena reactivó las *euroórdenes* en relación con Carles Puigdemont y el resto de los “exconsellers” —lo que motivó la sorprendente detención del “expresident” en Alemania dos días más tarde—, y dictó una *orden de detención internacional* contra Marta Rovira.

Todo ello el mismo día que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas instaba al Estado español a tomar todas las medidas necesarias para garantizar que Jordi Sánchez pueda ejercer sus derechos políticos. Es cierto que dicho pronunciamiento es una medida cautelar adoptada tras la admisión a trámite de la denuncia presentada por el antiguo máximo responsable de la ANC, y que ni ésta ni la futura decisión final al respecto tienen por sí mismas carácter jurídicamente vinculante. Pero en cualquier caso es un reflejo, como ya ha sido apuntado previamente, de que la intervención de organismos y tribunales internacionales es a día de hoy prácticamente la única esperanza que nos queda a aquellos que exigimos que la represión política y los intolerables excesos y despropósitos de las recientes decisiones de los tribunales españoles sean remplazados, cuanto antes, por la justicia y el respeto de las garantías legales y de los derechos humanos.

## Notas

[1] Conforme a lo dispuesto en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contempla dicha suspensión automática sin que medie sentencia firme en relación con los delitos cometidos por “persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”. Sin embargo, no parece algo completamente evidente que esta suspensión deba ser aplicada en el caso concreto si se tiene en cuenta la equiparación, por parte del Tribunal Constitucional, de los individuos rebeldes con aquellos que integran una banda armada, algo de lo que manifiestamente no pueden ser acusados los líderes independentistas. Así, en un asunto donde tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de la extensión de la suspensión de determinados derechos fundamentales a los individuos rebeldes mediante ley orgánica cuando la habilitación constitucional para ello se refiere exclusivamente a bandas armadas e individuos terroristas, el Tribunal Constitucional justificó dicha extensión únicamente por la equiparación de los individuos rebeldes con aquellos que integran una banda armada y al considerar, de manera fundamental para el caso que aquí nos ocupa, que “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” (Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4, párr. 7).

[2] En este sentido, véase el manifiesto impulsado por más de un centenar de profesores de Derecho Penal de las Universidades españolas que se pronunciaron en contra de la acusación de los delitos de rebelión y sedición desde el inicio del proceso, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MAQUEDA ABREU, M. L., Legalidad penal y proceso independentista, *El diario*, 9 de noviembre de 2017: [https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Legalidad-penal-proceso-independentista\\_6\\_706289383.html](https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Legalidad-penal-proceso-independentista_6_706289383.html)

[3] Al margen del delito de malversación, sólo los delitos de rebelión y sedición de entre todos los que se les imputan a los encausados permiten la adopción de la medida de prisión provisional, al tratarse de delitos que tienen señaladas penas iguales o superiores a la de 2 años de prisión. En relación con el delito de malversación, existen a día de hoy dudas razonables sobre su comisión desde el momento en que el propio juez Llarena ha considerado, en respuesta a la solicitud de una medida cautelar de fianza por parte de la Fiscalía, que no se ha aportado “base probatoria [...] que apunte a que finalmente la celebración del referéndum fuera soportada con cargo a fondos públicos” (Auto de 9 de diciembre de 2017, FJ Único, párr. 5).

[4] De haber existido dicho comité, pareciera hacer alusión a una serie de reuniones informales de carácter político, y que no cabría en cualquier caso revestir de carácter delictivo, del mismo modo que no puede conferirse carácter delictivo al hecho de aportar apoyo político al “procés”.

[5] Independientemente de que tales conductas pudieran ser presuntamente constitutivas de los delitos de desobediencia y prevaricación, parece fuera de toda interpretación razonable que puedan revestir los caracteres de los delitos de rebelión y de sedición.

[6] Pese a ello, el juez Llarena ha considerado que “el peligro no desaparece con la formal afirmación de que abandonan su estrategia de actuación y con la determinación judicial de reevaluar su situación personal si sus afirmaciones resultan mendaces, sino que exige constatar que la posibilidad de nuevos ataques haya efectivamente desaparecido, o que paulatinamente se vaya confirmando que el cambio de voluntad es verdadero y real” (Auto de 4 de diciembre de 2017, FJ 4, nº 6, párr. 7).

[7] URÍAS, J., La ideología de los presos catalanes, *El diario*, 3 de febrero de 2018: [http://www.eldiario.es/tribunaabierta/ideologia-presos-catalanes\\_6\\_736386360.html](http://www.eldiario.es/tribunaabierta/ideologia-presos-catalanes_6_736386360.html)

**[8]** Todo ello sin olvidar la paradójica decisión de no dictar una euroorden de detención contra el “expresident” durante su estancia en Dinamarca al considerar que éste perseguía precisamente el ser detenido por las autoridades danesas, y poder así optar a su investidura sin comparecer en el Parlament.

**[9]** “Suiza advierte de que Anna Gabriel no puede ser extraditada por un «delito político»”, *Público*, 21 de febrero de 2018: <http://www.publico.es/politica/suiza-advierde-anna-gabriel-no-extraditada-delito-politico.html>

**[10]** “El juez Pablo Llarena, sobre Anna Gabriel: «Las órdenes de detención internacional no deben cursarse por sospechas»”, *El diario*, 22 de febrero de 2018: [https://www.eldiario.es/politica/Pablo-Llarena-Anna-Gabriel-internacional\\_0\\_742976816.html](https://www.eldiario.es/politica/Pablo-Llarena-Anna-Gabriel-internacional_0_742976816.html)

**[11]** “El Supremo traduce el Código Penal belga para acusar a Puigdemont de rebelión”, *El Confidencial*, 21 de febrero de 2018: [https://www.elconfidencial.com/espana/2018-02-21/carles-puigdemont-supremo-traduccion-codigo-penal-belga-rebelion\\_1524347](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-02-21/carles-puigdemont-supremo-traduccion-codigo-penal-belga-rebelion_1524347)

**[12]** La defensa del investigado presentó igualmente otro escrito ante el Tribunal Constitucional solicitando la suspensión de la decisión de prisión provisional de Jordi Sànchez, que fue asimismo rechazada por el TC a la espera de que resuelva el recurso de amparo al respecto presentado con anterioridad.

**[13]** Hoy desaparecida, sus competencias fueron asumidas a partir de 1989 por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

[Francisco Javier Mena Parras es doctorando en el *Centre de droit européen* (Université libre de Bruxelles) y el *Research Group Fundamental Rights & Constitutionalism* (Vrije Universiteit Brussel)]