



FACULTAD DE DERECHO

**REFLEXIONES SOBRE LAS DISTINTAS  
PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA  
SENTENCIA DEL PROCÉS**

Autor: Fernando Aldavero Dávila  
5° E-3 A  
Derecho Penal

Director: Juan Carlos Ríos Martín

Madrid  
Junio 2020

## ÍNDICE

<b>1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA</b> .....	<b>3</b>
<b>2. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>3. CUESTIONES PREVIAS</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1 Antecedentes y Contexto</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1.1 Apariencia de Legitimidad</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1.2 Movilización popular</b> .....	<b>8</b>
<b>3.1.3 Uso de fondos públicos</b> .....	<b>9</b>
<b>4. CUESTIONES DE FONDO</b> .....	<b>13</b>
<b>4.1 Delito de Rebelión</b> .....	<b>13</b>
<b>4.1.1 Tipo Objetivo: tipos de lesión y de peligro</b> .....	<b>15</b>
<b>4.1.2 Tipo Subjetivo: plurisubjetividad y especialidad impropia</b> .....	<b>17</b>
<b>4.1.3 Rechazo por parte del Tribunal del delito de rebelión</b> .....	<b>18</b>
<b>4.2 Delito de Sedición</b> .....	<b>19</b>
<b>4.2.1 Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo</b> .....	<b>21</b>
<b>4.2.2 La conducta típica</b> .....	<b>22</b>
<b>4.3 El “derecho a decidir”</b> .....	<b>23</b>
<b>4.3.1 Comparativa Internacional</b> .....	<b>25</b>
<b>5. CUESTIONES PROCESALES</b> .....	<b>28</b>
<b>5.1 Aforamiento</b> .....	<b>28</b>
<b>5.1.1 Características del aforamiento</b> .....	<b>29</b>
<b>5.1.2 Por qué el Tribunal Supremo juzga a los aforados del 1-0</b> .....	<b>31</b>
<b>5.2 Ausencia de doble instancia penal</b> .....	<b>32</b>
<b>5.2.1 Ausencia de doble instancia penal y competencia del TS en el caso de los no aforados</b> .....	<b>34</b>
<b>6. CONCLUSIONES</b> .....	<b>37</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>40</b>
<b>8. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN</b> .....	<b>41</b>

## **1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA**

Desde el punto de vista social, ha sido el caso más público y notorio, generando un interés que muy pocas veces se ha podido observar con respecto de un proceso judicial. Tal fue el interés, que se decidió televisar prácticamente todo el juicio, en parte por el deseo de la Sala de mostrar una transparencia irrefutable. Sabiendo que las cuestiones de fondo iban a ser poco discutibles por parte de las defensas, es de esperar que éstas atacaran desde un punto de vista procesal, alegando el menoscabo de las garantías procesales por parte del Alto Tribunal. Esa fue la principal razón por la que se televisó.

Además, cobra especial relevancia desde el punto de vista jurídico, pues nunca antes, o al menos desde la aprobación de la Constitución, había conocido el Tribunal Supremo de los delitos de rebelión o sedición. La falta de jurisprudencia con respecto de dichos delitos, hace que la argumentación por parte del Tribunal requiera mayor exigencia, siendo en consecuencia, de mayor interés el estudio de esta sentencia en particular.

## 2. INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo de Fin de Grado se van estudiar en profundidad los aspectos de mayor relevancia de la sentencia 459/2019, comúnmente llamada sentencia del “Proces” o sentencia del “1-O”. Para ello se hará constante referencia al Código Penal y a la jurisprudencia existente. El tema entraña una particularidad, ya que no existe en la jurisprudencia española, al menos desde que se aprobó la Constitución en 1978, acerca de los delitos de rebelión y sedición. La consecuencia directa de la falta de jurisprudencia es que el Tribunal Supremo, en su sentencia, ha de extenderse en sus argumentaciones más de lo que lo haría habitualmente. Si sumamos que la causa judicial ha estado en constante “vigilancia” por parte de juristas y de los medios de comunicación, el resultado es una sentencia inatacable desde el punto de vista jurídico, y con las máximas garantías desde el punto de vista procesal.

El presente trabajo se va a centrar tanto en las cuestiones de fondo, es decir, de derecho penal estrictamente entendido, como en las cuestiones de forma, o lo que es lo mismo, de derecho procesal penal. El Alto Tribunal ha sido especialmente cuidadoso con la parte procesal, pues una vulneración de las garantías y derechos de los acusados podría haber tenido como consecuencia un resultado distinto del que ha habido.

En lo tocante al fondo del asunto, se hablará de las principales diferencias entre los delitos de rebelión y sedición, analizando al máximo detalle el bien jurídico que se pretende proteger en cada caso, así como los elementos del tipo que permiten al Tribunal subsumir los hechos en un tipo penal o en otro. En esta línea, se va a definir la violencia, entendida como una acción instrumental, funcional y preordenada de forma directa para la consecución de unos fines determinados, así como otros conceptos, tales como el orden público o la paz pública. En consecuencia, se ha de hacer un análisis exhaustivo del tipo objetivo, el tipo subjetivo y la conducta típica en ambos casos.

Otros delitos cometidos por los reos como la malversación o la desobediencia serán comentados, sin necesidad de entrar en mayor detalle, pues la controversia jurídica al respecto es nula. Destaca en este caso, la plena consciencia de los acusados a la hora de desobedecer y malversar, aun habiendo recibido notificaciones del Tribunal Constitucional avisando de que, en caso de continuar con la agenda separatista, se podría incurrir en dichos delitos.

En el plano social, las defensas hicieron referencia al “derecho a decidir” de los pueblos, para conseguir un calado del término en la sociedad y lograr que se empatizara con los acusados. Se va a analizar detalladamente la posibilidad de la existencia del derecho a decidir, haciendo especial hincapié en los casos de derecho comparado. Son de conocimiento global los referéndums llevados a cabo en Escocia y Canadá, países con un carácter democrático indiscutible. Es, por tanto, necesario hacer una comparativa con el caso catalán y argumentar a favor o en contra de dicho derecho. En cualquier caso, el Tribunal Supremo rechaza cualquier atisbo de existencia del derecho de autodeterminación de los pueblos.

Procesalmente, el Tribunal Supremo ha procurado velar por el cumplimiento de todas las garantías de los acusados. La principal vulneración que las defensas de éstos alegan, es la del derecho al juez predeterminado por la Ley y a la doble instancia. Esto es, porque los acusados han sido sometidos a una única y última instancia, por su condición de aforados, ante el Tribunal Supremo, cuando lo correcto, según su argumentación, hubiese sido someterse al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se abordarán las principales características del aforamiento y revisará el acierto o desacierto del Alto Tribunal.

En la misma línea, resulta controvertida la competencia objetiva del Tribunal sobre los no aforados que han formado parte del procedimiento judicial, en virtud de la conexidad de delitos. El tribunal estimó que realizar un enjuiciamiento en distintos tribunales podría ir en perjuicio del esclarecimiento de los hechos y de alcanzar la versión veraz de éstos, por lo que estimó someter a los no aforados a su jurisdicción. Las defensas alegan

una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al del juez ordinario predeterminado por la Ley y al de la doble instancia.

Actualmente, gran parte de los acusados se encuentran en prisión, bien por el delito de malversación, agravado por razón de cuantía, o bien por el delito de sedición. El tribunal no estimó, al contrario que gran parte de la opinión pública, que los hechos fueran constitutivos de un delito de rebelión. En el caso de Santiago Vila, Meritxell Borrás y Carles Mundó, la condena fue por un delito de desobediencia, por lo que no han sido condenados con privación de libertad.

## 3. CUESTIONES PREVIAS

### 3.1 Antecedentes y Contexto

#### ***3.1.1 Apariencia de Legitimidad***

Antes de tratar con profundidad las cuestiones legales relativas a la Sentencia núm. 459/2019, vulgarmente conocida como “La Sentencia del Procés”, se ha de dar un contexto a dicha sentencia, así como describir el papel de cada uno de los encausados.

El primer antecedente mencionado en la Sentencia hace referencia a la DUI (Declaración Unilateral de Independencia), con la aprobación de la Ley 20/2017, con fecha de 8 de septiembre, cuyo contenido versa sobre la fundación de la República Catalana. Llama a la atención el *quorum* en la votación de dicha Ley, ya que contó únicamente con 71 votos a favor y 10 en contra, habiéndose negado el resto del Parlamento a participar en dicha votación. De este modo, se aprecia la estrategia apresurada que estaba acometiendo el Parlamento de Cataluña para cumplir con su objetivo, pues no vieron la necesidad de obtener una mayoría cualificada (2/3) de la Cámara para aprobar una Ley que, además de ser anticonstitucional, era de una importancia desmesurada.

Asimismo, se publicó la Ley 19/2017, reguladora del llamado referéndum de autodeterminación, con fecha de 6 de septiembre de 2017. En la Ley se justifica la legitimidad del pueblo catalán, unido por sus tradiciones jurídicas e institucionales, para ejercer el derecho a la autodeterminación. La calificación que hace la Ley en el preámbulo de la acción de autodeterminación es de “*acto de soberanía*”.

La finalidad principal de la aprobación de las leyes antes mencionadas no es otra que la de revestir el proceso de autodeterminación de una aparente seguridad y legitimidad jurídica. Según el Alto Tribunal, “*De lo que se trataba era de crear una aparente cobertura jurídica que permitiera hacer creer a la ciudadanía que cuando depositara su voto estaría contribuyendo al acto fundacional de la República independiente de Cataluña.*”

Dos días más tarde de la convocatoria del referéndum, al que únicamente acudió un 37% del censo electoral, la Junta Electoral Central, máxima autoridad en lo relativo a la declaración y publicación de resultados electorales, declaraba que: *“1o) El pasado día 1 de octubre de 2017 no ha tenido lugar en Cataluña ningún proceso que pueda ser considerado como referéndum en ninguna de las modalidades previstas por el ordenamiento jurídico: i) ni por el sujeto que lo convocó, incompetente; ii) ni por la forma en que lo hizo, en vulneración de resoluciones firmes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; iii) ni por su objeto, inconstitucional; iv) ni por la notoria ausencia de toda garantía de objetividad y transparencia en su desarrollo, escrutinio y control; 2o) Que, por tanto, carecen de todo valor los que se vienen presentando como resultados del llamado referéndum de autodeterminación.”*

### **3.1.2 Movilización popular**

Es de conocimiento público que la ciudadanía española está cada vez más desconectada de los mensajes políticos, bien por desconfianza o por su hartazgo, por lo que es necesario contar con colaboradores que, de una forma cercana y alejada de la política, hagan llegar su mensaje a la población y consigan movilizarla.

En Cataluña, los agentes utilizados por los políticos independentistas fueron los acusados Jordi Sánchez Picanyol y Jordi Cuixart Navarro, líderes de la Asamblea Nacional Catalana (ANC) y de Omnium Cultural (OC), respectivamente.

En ejercicio de su gran poder de convocatoria, el día 20 de septiembre de 2017, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart convocaron a la población para asistir a la puerta de la Consejería de Vicepresidencia, Economía y Hacienda de la Generalitat de Economía. La Guardia Civil iba a registrar las instalaciones de la Consejería en ejecución de una sentencia judicial, cuyo mandato era realizar una serie de actos encaminados a impedir la realización del referéndum.



En este sentido, lo que se pretendía era impedir, o al menos dificultar, el éxito de las actuaciones de la Guardia Civil, con la debida publicidad del lugar y la hora a la que ésta iba a llevar a cabo el registro. Fue tal el ímpetu de ANC y OC en dificultar la labor de las autoridades, que durante la manifestación procuraron mantener alimentados y saciados a los manifestantes, repartiendo agua y bocadillos, al mismo tiempo que alentaban a los allí presentes diciendo que no podrían con todos ellos, que *“las fuerzas del orden se habían equivocado y que habían declarado la guerra a los que querían votar”* (2019)

Aunque el caso de la Consejería de Economía y Hacienda fue el más sonado, también se movilizó a la población para impedir otra serie de registros. En el registro de un domicilio, 400 personas impidieron la salida de un vehículo policial. En el registro de una nave, entre 200 y 250 personas hicieron que un Letrado de la Administración de Justicia abandonara el lugar en un vehículo camuflado, por miedo a sufrir un menoscabo de su integridad física.

Al intento continuado de alentar a las masas por parte de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, se suman Junqueras, Turull, Rull, Romeva, Forn, Bassa y Forcadell, que expresaban diariamente el sentimiento de solidaridad, afecto y compromiso con el referéndum declarado ilegal. Los mensajes se lanzaron tanto en general, como en particular, siendo el colectivo estudiantil el principal receptor del mensaje pro-referéndum. El acusado Oriol Junqueras planteaba la cuestión soberanista como una cuestión de vida o muerte a los estudiantes, enfatizando el hecho de que era *“una cuestión de democracia, derechos civiles y sociales”*.

### ***3.1.3 Uso de fondos públicos***

En la Ley del Parlament de Cataluña 4/2017 se aprueba, bajo el epígrafe *“medidas en materia de organización y gestión del proceso referendario”*, acometer cualesquiera gastos necesarios para la consecución exitosa del referéndum. El contenido de dicha disposición, en resumidas palabras, dice que el Gobierno Catalán ha de estar

suficientemente dotado económicamente como para que Cataluña pueda decidir acerca de su futuro político. (2019)

Mediante providencia del Tribunal Constitucional, del 4 de abril de 2017, se suspendió la vigencia de dicha Ley presupuestaria, notificando personalmente la resolución a aquellos que más tarde, en el juicio que trata el presente trabajo, serían acusados de malversación: *“Sres. Junqueras i Vies, Vicepresidente y Consejero de Economía y Hacienda; Romeva i Rueda, Consejero del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia; Rull i Andreu, Consejero de Territorio y Sostenibilidad; Mundó i Blanch, Consejero de Justicia; Vila i Vicente, entonces Consejero de Cultura; y Sras. Borràs i Solé, Consejera de Gobernación, Administraciones Publicas y Vivienda y Bassa i Coll, Consejera de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias. Fue también notificada a la Consejera de la Presidencia, Dña. Neus Munté i Fernández, predecesora en el cargo del acusado don Jordi Turull i Negre; y al Consejero de Interior, D. Jordi Jané i Guasch, predecesor a su vez en el cargo, del acusado D. Joaquim Forn i Chiariello.”* De este modo, el TC se asegura que los políticos soberanistas no puedan alegar desconocimiento de la resolución judicial, en caso de que decidieran servirse indebidamente de las partidas presupuestarias.

No solo se notificó la resolución judicial, sino que también decidió el Tribunal Constitucional incluir en dicha notificación el deber de impedir o paralizar las iniciativas y actos que fueran en contra de dicha resolución. En concreto, se les especificó que *“se abstuvieran de iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno de disposición de las partidas presupuestarias impugnadas, o de cualesquiera otras, incluido el fondo de contingencia, adoptadas de conformidad con la disposición adicional cuadragésima, con el fin de financiar cualquier gasto derivado de la preparación, gestión y celebración del proceso referendario o del referéndum a que se refiere la disposición adicional impugnada; especialmente de licitar, ejecutar o fiscalizar contratos administrativos licitados por la Generalitat instrumentales para la preparación del referéndum; o de iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno de ampliación, modificación o transferencia de las partidas presupuestarias impugnadas o de cualesquiera otras partidas presupuestarias o del fondo de contingencia, así como, en general, cualquier*

*otra medida presupuestaria acordada con el aludido fin, con la cobertura del precepto de la ley impugnada, incluidas las modificaciones de estructuras presupuestarias previstas en la disposición final segunda de la Ley impugnada dirigidos a tal finalidad, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de no atender este requerimiento”. (2019)*

Como podemos apreciar, la Justicia española tomó las medidas necesarias para que no solo se hiciera cumplir la ley, sino para que aquellos que decidieron incumplirla tuvieran plena conciencia de los actos concretos con los que estaban llevando a cabo actuaciones ilícitas. En este sentido, se elimina la posibilidad de los acusados de alegar cualquier tipo de “error penal”, como, por ejemplo, un error de prohibición o un error de tipo, pues la conciencia y el conocimiento del quebrantamiento de las leyes al que sus actos iban aparejados, era plena.

El Tribunal finalmente condenó a Oriol Junqueras, Raúl Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa, por el delito de malversación de caudales públicos. Se hará un análisis superficial de este delito, pues son el delito de rebelión y sedición los que tienen un mayor interés para el presente trabajo, puesto que de la autoría de delito de malversación no existen cuestiones controvertidas. (2019)

El delito de malversación de caudales públicos está recogido en los arts. 432.1 y 3, párrafo último del CP, que reza:

*“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

*3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

- *a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*
- *b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.*

*Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”*

No hay ninguna duda sobre la imputación de dichos delitos a los acusados, ya que éstos poseían pleno control sobre los gastos que se realizaron en vistas a organizar el referéndum ilegal. Desde la logística e infraestructuras, hasta la contratación de observadores internacionales para la supervisión del carácter democrático del referéndum. Los condenados tenían plena consciencia de la prohibición del Tribunal Constitucional de generar dichos gastos para fines prohibidos. (2019)

Especialmente clara es la autoría de Oriol Junqueras, en su condición de Vicepresidente y Consejero de Economía y Hacienda de la Generalitat, (2019) siendo la persona que mayores responsabilidades ostenta en la Generalitat, de entre los encausados en el procedimiento que en este trabajo se está tratando.

## 4. CUESTIONES DE FONDO

### 4.1 Delito de Rebelión

La acusación de la Fiscalía veía en los actos cometidos por los políticos catalanes la existencia de un delito de rebelión, que implica penas más elevadas que las del delito de sedición, por el que finalmente fueron condenados por unanimidad por el Alto Tribunal. La opinión pública estaba dividida en dos partes; entre aquellos que veían un claro delito de rebelión, y los que comulgaban con el juicio de los magistrados. Por ello, es necesario analizar el delito.

El delito de rebelión queda recogido en el artículo 472 del Código Penal (ESTADO, JEFATURA DE, 1995), en el epígrafe de “Delitos contra la Constitución”. Reza, literalmente:

*“Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:*

- *1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- *2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- *3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- *4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerle alguna de sus atribuciones o competencias.*
- *5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*
- *6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
- *7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.”*

Gran parte de la doctrina subraya que el bien jurídico protegido en el delito de rebelión y, además, en el de sedición, no es otro que el ordenamiento constitucional del Estado, en el plano de las relaciones fundamentales entre el Estado y el ciudadano. Hay dos líneas de pensamiento distintas a las que es de interés hacer referencia.

De un lado, García Rivas establece una relación entre las regulaciones de los delitos de rebelión y del estado de sitio. Se hace una simple mención al trabajo de dicho autor, puesto que sus análisis están hechos con base en la legislación anterior a 1995.

De otro lado, existe una corriente que ve una clara relación entre el orden público y la paz pública y el delito de rebelión. En efecto, no es difícil establecer dicha relación, pues hasta el Código Penal de 1995, los delitos de rebelión y sedición se encuadraban en el capítulo de delitos contra el orden público, aunque hoy en día se haya enmarcado en el ámbito de delitos contra la Constitución. Carbonell Mateu y Vives Antón creen que, en última instancia, el bien jurídico protegido es el mismo, bien se sitúe el delito en el ámbito del orden público o de protección a la Constitución. Esto es, porque la rebelión supone una alteración del orden público y de la paz pública de una magnitud tan grande, que es capaz de constituir una tentativa de destrucción del ordenamiento Constitucional del Estado. (J.C Carbonell Mateu, 1990)

La definición que dichos autores dan exactamente del bien jurídico protegido para el delito de rebelión es la siguiente: *“El interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las leyes y a las autoridades legítimas, y el interés en el mantenimiento de la paz pública; en otros términos, la organización democrática del Estado”* (J.C Carbonell Mateu, 1990)

El artículo 473, añade: *“1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.*

*2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos» (ESTADO, JEFATURA DE, 1995)*

#### **4.1.1 Tipo Objetivo: tipos de lesión y de peligro**

En relación con el bien jurídico protegido, es importante hacer una distinción entre aquellos tipos penales en los que es necesario haber producido un daño real y efectivo (tipos de lesión) y aquellos tipos en los que la mera puesta en peligro de un determinado bien jurídico es suficiente para que la acción pueda ser subsumible dentro de un tipo penal concreto (tipos de peligro) (Mir, 2002). Éste último caso es el del delito de rebelión, pues no es necesario que la rebelión acabe exitosamente, o que siquiera se llegue a producir una alteración perjudicial en el orden constitucional, para que la acción sea delictiva. Por ejemplo, no es posible consumar el delito de asesinato del artículo 139 del Código Penal sin acabar con la vida de un tercero. Sin embargo, en el delito de rebelión de castiga simplemente el hecho de propiciar o suscitar determinadas acciones que puedan suponer un serio menoscabo del orden constitucional establecido, independientemente del resultado. (A. Obregón García, 2015). Podríamos compararlo con los delitos contra la seguridad vial. El Código Penal castiga a los conductores que circulan sobrepasando cierto límite de velocidad, por el mero hecho de generar una situación de peligro, sin que se necesario haber producido ningún daño o perjuicio a un tercero. (Mir, 2002) Otro ejemplo claro es el del delito de calumnias, recogido en el artículo 205 del Código Penal, que puede producir ciertos resultados, incluso muy gravosos, pero que no suponen un aumento en la severidad de la pena. En caso de ser

especialmente gravosos, a lo más, pueden dar lugar a la responsabilidad civil, con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Habiendo hecho la distinción previa, podemos decir que el tipo objetivo consiste en un alzamiento de forma pública y mediando la violencia, de forma que se ponga en peligro la normalidad y tranquilidad de los ciudadanos. (Conde, 2019). En este sentido, hemos de pensar que si para poder subsumir la acción en el tipo penal de rebelión, fuera necesario que ésta se hubiera consumado, probablemente ya no sería posible juzgar a aquellas personas que lo han llevado a cabo. Si el fin de los separatistas catalanes es lograr la independencia de España, y la rebelión hubiese tenido éxito, ya no sería posible juzgarlos porque sería los jueces del nuevo Estado Catalán los competentes.

De esta forma, se puede encuadrar el delito de rebelión como un delito sin resultado. Dentro de los delitos sin resultado, podríamos hablar de los delitos formales y delitos de simple omisión o de omisión propia. (Blázquez & Velasco, 2015). Los delitos formales son aquellos en los que se castiga la mera actividad. En términos de la acción, es posible que se haya producido algún resultado o impacto en el mundo externo como consecuencia de la actividad del reo. Sin embargo, según el criterio del legislador, procede sancionar la mera actividad, de modo que se prescinde de la causación, o no, de dicho resultado o impacto.

En contraste con lo expuesto anteriormente, se debe hacer una breve mención a los delitos sin resultado por simple omisión o de omisión propia. Estos son aquellos en los que, sin causar resultado alguno, el tipo penal describe una pasividad. En general, se describe una situación en la que no se obra tal y como la ley penal, o se deja de cumplir con una obligación de mandato legal penal. Los ejemplos más comunes son el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.1 del Código Penal, o el delito de omisión de impedir determinados delitos, del artículo 450 del Código Penal. (Blázquez & Velasco, 2015)



#### **4.1.2 Tipo Subjetivo: plurisubjetividad y especialidad impropia**

En cuanto al sujeto activo del delito de rebelión, observamos en la primera frase del artículo 472 del Código Penal que reza: *“son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente (...)”*. Por tanto, queda claro que un único individuo no puede llevar a cabo una rebelión por sí solo, siendo necesaria la actuación conjunta de una pluralidad de sujetos activos.

Dentro de los delitos plurisubjetivos, es posible hacer una distinción entre los de encuentro y los de convergencia. En los delitos de encuentro, dos o más personas cometen un delito conjuntamente, para sus fines particulares. En los delitos de convergencia, los sujetos activos actúan conjuntamente porque pretenden la consecución de un objetivo común. (A. Obregón García, 2015)

Además, se distingue entre los delitos especiales y comunes. Los comunes, como su propio nombre indica, son aquellos en los que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin que sea necesario en ningún caso ostentar una posición en concreto. Sin embargo, los delitos especiales son aquellos en los que el sujeto activo ha de poseer alguna condición en concreto. Dentro del último tipo, diferenciaremos los propios de los impropios. Para el caso de los propios, no poseer la cualidad concreta para la que está diseñada el tipo, evita que la conducta sea típica. Por ejemplo, no es posible que un particular que se dedica al sector privado incurra en el delito de malversación de caudales públicos, previsto en el artículo 432, pues se requiere tener la condición de autoridad o funcionario. En caso de los impropios, la particularidad reside en que puede ser cometido por cualquier sujeto activo, pero el hecho de que lo cometa una persona con una condición determinada (ej: autoridad o funcionario) agrava la pena.

En conclusión, el delito de rebelión se trata de un delito plurisubjetivo, especial e impropio, de modo que puede ser cometido por cualquiera, pero si la persona que lo comete está constituida en autoridad, la pena se agrava.

#### **4.1.3 Rechazo por parte del Tribunal del delito de rebelión**

Tal y como se ha citado en apartados anteriores, el art. 472 CP exige que, para que un alzamiento se pueda incluir en dicho tipo penal, éste ha de ser público y violento. Rechazando que los acusados utilizaran directamente la violencia física en su alzamiento, el Alto Tribunal se plantea la posibilidad de incluir en su interpretación de “violencia”, la violencia psíquica. La duda sobre su interpretación surge porque el legislador, a menudo, cuando desea hacer referencia a otros tipos de violencia distintos de la física, los incluye explícitamente en la redacción del tipo, en forma de intimidación o amenazas, por ejemplo. Es el caso de cfr. arts.144, 172.bis, 179.11, 180, 181, 183.2 y 4c),187, 188.2, 202, 203, 232, 237, 242, 243, 245, 268, 284, 311.4o, 455, 464, 469, 470, 489, 490, 403, 498, 504, 522, 523, 550, 554.2 y 3, 557, 607.bis.9, 616.ter del CP.

Lo cierto es, que durante los hechos sobre los que se construye el juicio objeto del presente trabajo, quedó más que probado que ocurrieron sucesos violentos. El ejemplo más claro es el de la manifestación en la puerta de la Consejería, mencionado previamente, en el que los funcionarios necesitaron protección policial para abandonar el edificio, pues la multitud provocaba una sensación de coacción e intimidación que excede, por mucho, el ejercicio normal de los derechos de reunión y manifestación. (2019)

El Alto Tribunal señala que la violencia ha de ser instrumental, funcional y preordenada de forma directa, para la consecución de los objetivos de los “rebeldes”. En este aspecto, es necesario plantearse si los episodios violentos estaban funcionalmente encaminados al logro directo e inmediato de la finalidad de los acusados, la independencia. Lo cierto es, que dichos momentos de violencia solo hacían ligeramente viable la consecución del objetivo independentista, pero en ningún caso pretendían la secesión directa de Cataluña, sino el entorpecimiento de las ejecuciones de las decisiones judiciales que podían afectar a su objetivo. (2019)

En ningún momento, el Estado perdió el control de cualesquiera poderes que ostente, estando las fuerzas y cuerpos de seguridad, las fuerzas jurisdiccionales o la fuerza social, fuera del peligro de ser arrebatadas. Los acusados sabían perfectamente que no disponían, ni remotamente, de los medios necesarios para lograr sus objetivos de forma violenta, pues el Estado contuvo sin necesidad de extraordinarios esfuerzos los efímeros episodios de violencia. (2019)

## **4.2 Delito de Sedición**

Habiendo descartado el delito de rebelión, debido a la ausencia de una violencia instrumental, funcional, preordenada directamente, y con idoneidad potencial para lograr la finalidad de los acusados, se ha de poner el foco en el delito de sedición.

Conforme al art. 544 del CP, *“son reos de sedición 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».*

*Añade el art. 545: 1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.*

*2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.”*

(ESTADO, JEFATURA DE, 1995)

Como se ha señalado *supra*, la rebelión y la sedición tienen elementos comunes, pero están claramente diferenciados por el bien jurídico protegido. En la rebelión se habla de delitos contra la Constitución, mientras que en la sedición se habla de delitos contra el orden público, por lo que, como es lógico, ambos delitos se encuentran en títulos

distintos del Código Penal. Es de gran interés hacer notar la diferencia entre orden público y paz pública, pues de no hacerse, se podría encuadrar los hechos que son objeto de la STS 459/2019 en un tipo de menor castigo.

Al respecto de esta cuestión, el Tribunal Supremo se pronunciaba en la STS 1154/2010, estableciendo que *“... se ha discutido si la noción de orden público es coincidente con la de paz pública. A pesar de su proximidad y de las dificultades para su distinción, está resulta obligatoria (...) Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS 987/2009, 13 de octubre, se precisaba que: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas» (2011)*

En la misma línea de pensamiento que el Tribunal Supremo, se encuentra la diferenciación que hace Vives Antón (Anton, 1993), en la que se relaciona el orden público con el funcionamiento regular de la convivencia en su orden externo y material. A su vez, la paz pública viene definida por el mismo autor como el sentimiento de sosiego y tranquilidad, en oposición a la guerra o la riña, sin olvidar que no toda alteración del orden público va a suponer un perjuicio directo a la paz pública.

#### **4.2.1 Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo**

El delito de sedición aparece recogido en el Título XXI del Código Penal, cuyo nombre “Delitos contra el orden público” nos da a conocer inmediatamente cuál es el bien jurídico protegido de dicho delito. Las definiciones de orden público que nos da la doctrina no son pocas, pero podemos reducirlo al binomio de orden público material y orden público ideal. (Fernández, 2001). El orden público ideal se constituye por el conjunto de principios que inspiran la pacífica convivencia de los ciudadanos, mientras que, por orden público material, podemos entender la convivencia pacífica real de la sociedad, que se siente arropada colectivamente por un sentimiento de seguridad.

Lo cierto es que el delito de sedición no puede relacionarse con cualquier alteración del orden público, puesto que indudablemente lo que éste viene protegiendo es la correcta y pacífica aplicabilidad de las leyes y los acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales por parte de los legítimos titulares de la función pública. (Bea, 2018)

A parte del bien jurídico protegido, se puede señalar que una de las diferencias más notables entre el delito de sedición y el de rebelión es que, respectivamente, uno trata el alzamiento público y tumultuario, mientras que el otro versa sobre el alzamiento público y violento. Como consecuencia, se aprecia que no solo son delitos distintos en el ámbito cuantitativo, sino que también lo son en el ámbito cualitativo.

De la misma forma que aparece en el delito de rebelión, la redacción del artículo 544 CP, deja meridianamente claro al decir “*son reos de sedición los que...*” que, indubitadamente se está ante un delito plurisubjetivo, pues ha de ser cometido por una pluralidad de personas.

#### **4.2.2 La conducta típica**

Se va analizar, en este punto, los distintos elementos de la conducta típica de los artículos 472 y 544 del Código Penal, donde se señala, respectivamente, que *“son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente por cualquiera de los fines siguientes (...)”* y que *“son reos de sedición 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 (...)”*.

El verbo que se utiliza es el de “alzarse” (Sandoval, 2013), teniendo en ambos delitos la palabra “alzaren” el mismo significado. El artículo se encarga de dar distintas connotaciones al verbo, según los fines perseguidos y el resto de palabras que los siguen, pero en esencia, se habla del mismo tipo de alzamiento.

Los elementos objetivos son aquellos que se consideran externos al sujeto; por tanto, los que quedan fuera de sus intenciones. En contraste, los subjetivos son aquellos que se refieren a la voluntad del actor, al mundo interior del actor. Por ejemplo, si tomamos el delito de hurto como referencia para hacer esta distinción, aparece la expresión *“sin la voluntad de su dueño”*, que se toma como objetiva, aunque claramente si se tomara como punto de referencia al dueño, sería un elemento subjetivo. (Blázquez & Velasco, 2015)

El elemento común que encontramos en ambos delitos es que es necesario que el alzamiento sea público. En este sentido, se ha de diferenciar entre el *“alzamiento público y tumultuoso, por la fuerza o fuera de las vías legales”* y el *“alzamiento público y violento”*. (Garrido & Arán, 1996)

En torno a esta cuestión, López Garrido y García Arán nos dicen que *“Aunque tradicionalmente se ha entendido que el alzamiento conlleva la utilización de la violencia, la añadidura de este requisito al delito de rebelión y su ausencia en la sedición puede llevar a la conclusión de que en este caso no es necesaria la violencia. Sin embargo,*

*difícilmente puede eludirse su utilización en comportamientos colectivos y tumultuarios que impidan la actuación de los órganos del Estado”*

Según lo expuesto por los autores anteriores, cabe pensar que el elemento diferenciador no sea la violencia, pues difícilmente se va a producir un alzamiento público y tumultuoso sin notas violentas. Parece, pues, que se ha de poner el foco en los fines perseguidos con la sedición y la rebelión. (Rivas, 1990)

García Rivas nos dice que *“Si por una parte es un lugar común que los delitos de rebelión y sedición tipifican delitos de consumación anticipada, donde no es precisa la consecución del resultado pero sí una acción dirigida al mismo; y, por otra, constatamos que el legislador utiliza una misma expresión: “alzamiento”, para designar esa acción, necesariamente habrá que concluir que la concreción de la conducta punible en cada caso podrá apoyarse en el distinto resultado cuya consecución no se exige, esto es, en el diferente catálogo de fines que el legislador ha fijado en cada precepto”*. En este sentido, parece claro que son los fines del actor lo que va a suponer la nota diferencial entre un tipo y el otro desde el punto de vista de la conducta típica. (Rivas, 1990)

### **4.3 El “derecho a decidir”**

Las defensas de las partes, así como los acusados, en sus declaraciones, alegaron el ejercicio del “derecho a decidir” en las actuaciones que fueron objeto del juicio. En concreto, pretender revestir el ataque al orden constitucional que se llevó a cabo en el referéndum ilegal del 1 de octubre, alegando que únicamente se estaba ejerciendo legítimamente un derecho.

La principal razón por la que las partes alegan el ejercicio legítimo de un derecho se puede encontrar en el artículo 20.7 CP, pues reza lo siguiente: *“Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”*

Primero, se ha de poner en contexto el “derecho a decidir”, del que los políticos secesionistas catalanes han hecho su bandera en los últimos tiempos. El primer pronunciamiento que se ha hecho al respecto es en la Sentencia 42/2014 del Tribunal Constitucional, en la que el Tribunal se pronuncia sobre la resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013. En dicha resolución se aprobó la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán”. Aunque dicha resolución no fuera vinculante, sino más bien una declaración política, emana de un órgano cuya finalidad es ejercer el poder legislativo, el Parlamento de Cataluña, por lo que el Gobierno decidió impugnarla. (UNED, 2016)

En este sentido, la resolución del Parlamento de Cataluña fue declarada inconstitucional, pues la única vía por la que los catalanes pueden ejercer el derecho a decidir es a través de lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución Española, que reza:

1. *“Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*
2. *Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.*
3. *Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”*

En este punto, se ha de hacer una diferenciación entre el “derecho a decidir”, en sentido débil y en sentido fuerte. En sentido débil, se interpreta como el derecho a ser oído, mientras que, en sentido fuerte, se ha de interpretar como el derecho a la secesión.

Llama notablemente la atención como, en ninguno de los diversos borradores de la Constitución Catalana que se han redactado a lo largo de los últimos años, aparece consagrado del derecho a decidir. Cabe pensar que no se incluye para evitar que dicho



derecho se invoque en cadena. Hipotéticamente, si Cataluña decide la secesión unilateral de España, cabría esperar que algunas provincias como, por ejemplo, Barcelona, que poseen un menor número de votantes independentistas, decidieran ejercer un idéntico “derecho a decidir” para separarse de Cataluña. Por tanto, parece evidente que los políticos catalanes asumen el discurso del “derecho a decidir” únicamente en el contexto de Cataluña contra España, pues de reconocerlo como un derecho inherente a los principios democráticos, habrían decidido incluirlo en su propia constitución.

De esta forma, se observa como el principal problema del derecho a decidir en sentido fuerte, viene dado por la secesión en cadena.

En cuanto al derecho a decidir en sentido débil, lo que se pretende es el reconocimiento de Cataluña como un sujeto político. Un Estado es un Estado siempre que haya otros que deciden reconocerlo como tal. Por tanto, el referéndum no vinculante no tiene otro propósito que el de reconocer la existencia política de Cataluña, independientemente del resultado. Con el solo pronunciamiento, se está, de facto, reconociendo a un determinado territorio del Estado como una comunidad de personas que se integran en un único sujeto político. (UNED, 2016)

#### ***4.3.1 Comparativa Internacional***

A menudo, se compara por parte de aquellos que desean la secesión catalana, el caso catalán con el caso escocés o el caso canadiense. En el caso escocés, la nota diferencial reside en que el referéndum no fue convocado unilateralmente, fruto de la aclamación de un supuesto derecho fundamente, como pueda ser el derecho a decidir, sino que fue el propio Parlamento británico el que, de forma libre y sin restricciones, consideró oportuna la celebración del referéndum.

Bien distinto es el caso canadiense. La nota diferencial reside en que el ordenamiento constitucional vigente en Canadá prevé la celebración de referéndums sobre la independencia. Únicamente en la provincia de Quebec, sin ser necesario obtener la

autorización del Gobierno Estatal. En cualquier caso, las normas canadienses no establecen que el efecto directo de una votación favorable a la independencia, en un referéndum de ese tipo, sea automáticamente la secesión. Es más, según los propios políticos independentistas canadienses, la consecuencia de un resultado favorable sería la renegociación de la solución política que se hizo en su momento para integrar a Quebec en Canadá de la forma más beneficiosa posible. (UNED, 2016) Dicho esto, en Canadá tampoco se da la existencia del “derecho a decidir” como tal para el resto de provincias. Este derecho únicamente existe para la provincia de Quebec, previo pacto con el Gobierno central, y estando incluido dicho derecho particular en el ordenamiento constitucional del país.

Volviendo al caso catalán, en el plano puramente práctico, se ha de plantear la utilización ventajista por parte de los ciudadanos catalanes en caso de que se permita el referéndum. Si se acepta que los votantes catalanes sean oídos, es posible que éstos, sabiendo que el resultado favorable no sería la secesión automática, sino una renegociación del papel de la Comunidad Autónoma de Cataluña en España, voten a favor de la independencia (sin necesariamente quererla), con el objetivo de fortalecer la situación de Cataluña en el marco del Estado. Por tanto, existe el peligro de que se esté votando una consecuencia directa de la que, sobre el papel, los ciudadanos pretenden estar votando.

Las defensas de las partes en el juicio que es objeto del presente trabajo hicieron especial hincapié en el efecto exoneratorio derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal. Por motivos de escasa claridad, la reforma del CP realizada por la LO 2/2005, del 22 de junio, suprimió el artículo 506 bis del CP. Antes de dicha reforma, se preveía un castigo de pena de prisión de 3 a 5 años e inhabilitación absoluta, por un tiempo superior entre 3 y 5 años al de la duración de la pena de privación de libertad. (2019)

Las defensas de las partes estiman que lo expuesto en el preámbulo de dicha Ley Orgánica posee cualidad exculpatoria para los hechos enjuiciados, pues en cuanto a los

preceptos previgentes (art 506 bis), se dice lo siguiente: *“...se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal. Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal. (...) En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos”*. (2019)

Independientemente de que el referéndum no pueda ser castigado por el mero hecho de ser un referéndum, no ha de olvidarse que los medios empleados para su ejecución bien podían incluirse en tipos penales más graves, como el de la rebelión la sedición

## **5. CUESTIONES PROCESALES**

Es de gran interés para el presente trabajo estudiar la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de los hechos conocidos como “Procés”. Se abordará la revisión de la figura del aforamiento, así como sus notas definitorias y las resoluciones de mayor relevancia e interés. De este modo, se podrá comprender el nexo por el que tanto aforados como no aforados puede ser juzgados por la Sala Segunda del TS, debido a la conexión de los delitos que se han cometido.

Una vez abordado el marco teórico, se analizará la argumentación que hace el TS en la sentencia objeto de este trabajo, STS 459/2019, de 14 de octubre.

### **5.1 Aforamiento**

Por aforamiento se entiende el estatuto jurídico particular del que gozan los responsables políticos o determinadas personas que desempeñan una función pública concreta, de modo que serán juzgados por un tribunal distinto del que juzgaría a otro ciudadano que no ostenta tal condición. En cierto modo, puede parecer que se quebranta el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero lo que realmente se pretende con el aforamiento es el correcto y regular funcionamiento de las instituciones del Estado. (Alarcón, 2015)

Tanto en las leyes estatales como en las autonómicas, siendo éste el caso del Estatuto de Autonomía catalán, se otorga el derecho a ciertas personas a ser juzgadas por un tribunal superior y distinto del que les correspondería si no desempeñaran su función pública.

Actualmente, en España hay un total de 17.621 aforados, si se deja fuera de la suma a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Si se tiene en cuenta a

este último grupo, que únicamente goza de un aforamiento parcial, el número total de aforados asciende a 280.159. Es por esto que está latente el debate en España a cerca del aforamiento, pero en su vertiente cuantitativa, no cualitativa. Se piensa que el número de personas aforadas en España es, cuanto menos, excesivo, si se compara con otros países del entorno de España con ordenamientos constitucionales similares y sistemas socio-económicos parecidos.

El aforamiento puede suponer, aparentemente, una ruptura del principio de igualdad ante la ley, pues implica un trato desigual en lo que a las reglas de la atribución de competencia objetiva del derecho procesal común se refiere. (Alarcón, 2015) Sin embargo, para que exista un quebrantamiento real y efectivo del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, habría que demostrar que dicha disparidad de trato no se halle justificada por encontrarse en distintas situaciones de hecho. (Pizorrusso, 1984)

### ***5.1.1 Características del aforamiento***

El aforamiento opera como excepcionalmente a la norma general de la competencia objetiva, en tanto que determina un órgano superior del Juez de Instrucción que, en principio, tendría competencia territorial. No cabe pensar que se trata de una norma hecha por y para políticos, pues lo que se busca no es proteger el interés particular de los aforados, sino el beneficio del interés general, garantizando la independencia institucional ante las presiones externas.

El fuero, como prerrogativa, viene establecido en los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución Española. El art. 71.3 reza: *“En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*. Asimismo, el art. 102.1, establece que *“la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*.

Sabiendo que un caso concreto va a ser juzgado por la jurisdicción penal, se va a atribuir a un determinado órgano a través de las normas de competencia objetiva. Se distinguen,

en este ámbito, tres tipos de competencia objetiva por razón de: la persona, la materia y la cuantía. (Nieto & Palao, 2018)

Atendiendo a la competencia objetiva, por razón de la persona, se puede enumerar los distintos aforamientos (Nieto & Palao, 2018):

- Juzgados de Instrucción: Asumían la competencia objetiva en aquellos delitos de leve índole cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero con la reforma LO 1/2015 del CP, dichos delitos leves serán competencia de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.
- Audiencias Provinciales: Conocerán de los delitos cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero cuando éstos sean calificados como graves o menos graves.
- Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas: Se les atribuye competencia objetiva por razón de la persona, para conocer de los delitos leves o graves que hayan sido pertrechados por Jueces, Magistrados y Fiscales mientras ejercen su cargo y por aquellos que son aforados por los Estatutos de Autonomía [art. 72.2 a) y b) LOPJ]
- Sala Segunda del TS: se trata de la Sala que ha conocido de la sentencia que es objeto del presente trabajo. El art. 55 bus LOPJ establece que las acciones penales contra la Reina consorte, Príncipe o Princesa de Asturias y su consorte, y contra el Rey o Reina y su consorte que hubiesen abdicado, serán enjuiciadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Además, se añaden las causas ante las principales autoridades del Estado. Asimismo, tiene competencia objetiva para juzgar los delitos cometidos por autoridades autonómicas más allá del ámbito territorial de la propia Comunidad Autónoma, según lo recogido en su estatuto. (Nieto & Palao, 2018)
- Sala Especial del TS. Enjuiciara los delitos que hubiesen sido llevados a cabo ante Presidentes de Sala o ante Magistrados de una Sala.

### **5.1.2 Por qué el Tribunal Supremo juzga a los aforados del 1-0**

Se ha de atender a la literalidad del precepto recogido en el Título II del Estatuto de los Diputados de Cataluña, donde, en el artículo 57, se dice:

*“1. Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito. 2. En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

*3. Los Diputados no están sometidos a mandato imperativo.”*

El Tribunal Supremo, en la sentencia 459/2019, dedica el punto 4 de su fundamentación jurídica a explicar por qué no se ha producido una vulneración de los derechos del juez predeterminado por la ley y a la doble instancia. Las defensas alegan que, al haberse producido la totalidad de los hechos enjuiciados en territorio catalán, el tribunal competente habría de ser el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Para eliminar cualquier duda acerca de la competencia, se ha de resaltar que en el curso del procedimiento objeto del presente trabajo, los Sres. Sánchez, Trurull, Rull y Junqueras adquirieron la cualidad de Diputados, así como el señor Romeva, que adquirió la cualidad de Senador. De este modo, quedaron despejadas las dudas de qué tribunal era competente para juzgar a dichos individuos. Como se ha citado *supra*, el art. 71.3 CE establece que los Diputados y Senadores serán juzgados por el Tribunal Supremo.

Las defensas sostuvieron en reiteradas ocasiones que ninguno de los hechos que podían ser constitutivos de los delitos de rebelión, sedición o malversación, habían sido cometidos fuera del territorio catalán, a lo que la Sala respondía *“... la lectura de los escritos de acusación debe abordarse desde la tantas veces reiterada por esta Sala*

*doctrina de la ubicuidad, según la cual, el delito se comete en cualquiera de los territorios donde se realizan algunos de los elementos del tipo. Y está fuera de dudas que cuando nuestros precedentes se refieren a los elementos del tipo estamos abarcando, tanto aquellos incluibles en el tipo objetivo como en el subjetivo. De ahí que la atribución por el Fiscal a algunos de los procesados de actos ejecutivos, no necesariamente violentos pero vinculados al elemento tendencial del delito por el que se formula acusación (cfr. art. 472.5o), justifica la aplicación del art. 57.2 del Estatuto de Autonomía que señala a esta Sala como el órgano competente para la investigación y enjuiciamiento de hechos ejecutados fuera del territorio de la comunidad autónoma” (2019)*

Una vez zanjado el tema de la competencia del Tribunal Supremo en cuanto a los aforados, las defensas de los no aforados argumentan que, en su caso, deberían de ser juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sin embargo, la doctrina del propio Tribunal Supremo, en el ATS de 1 de julio de 2009, explica que la doctrina y jurisprudencia aconsejan la unidad de investigación y enjuiciamiento, pues de no ser así, se corre el peligro de no alcanzar la verdad de los hechos. (2019). Dice el Alto Tribunal que dicho auto está inspirado en el caso de los ERES de Andalucía, del que fueron parte los Sres. Chaves y Griñán. La diferencia reside en que ambos políticos del PSOE andaluz decidieron renunciar a su escaño, perdiendo la condición de aforados, de modo que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo decidió que siguiera conociendo del caso la Audiencia Provincial de Sevilla.

## **5.2 Ausencia de doble instancia penal**

En general se reconoce el derecho a la doble instancia, pues el legislador siempre ha creído necesaria la posibilidad de impugnar una sentencia y llevarla ante un órgano jurisdiccional superior. Las defensas de las partes alegan que al llevarse a los acusados directamente ante el Tribunal Supremo, se está vulnerando el derecho fundamental a recibir una tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Alto Tribunal recuerda lo dispuesto



en el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de la Unión Europea, que ha sido ratificado por España.

En su artículo segundo, el Convenio reza:

*“1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.*

*2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.”*

Se ha de poner atención en las palabras *“...cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional...”*. Dicho convenio ha sido utilizado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional para hacer una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, que regula la tutela judicial efectiva.

No se debe hacer una interpretación tan sumamente restrictiva del artículo 24 CE, que en su apartado segundo hace referencia al “juez predeterminado por la ley”, pues en la misma Constitución, el art 71.3 establece que Senadores y Diputados serán juzgados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En consecuencia, es de indubitable lógica que, en el caso que se analiza en el presente trabajo, el “juez predeterminado por la ley” es el propio Tribunal Supremo. El TS zanja cualquier tipo de duda y zanja la cuestión citando doctrina del TC, en la que se esclarece que *“... si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas*

*penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH)”*

### **5.2.1 Ausencia de doble instancia penal y competencia del TS en el caso de los no aforados**

Es el momento de cuestionar la competencia objetiva del Tribunal Supremo para enjuiciar los hechos cometidos por personas sin aforamiento. En este sentido, las defensas reprochan al Alto Tribunal que se hayan recortado los derechos de los encausados sin ostentar éstos cualidades que los encuadren en el art. 71.3 CE ni en el art 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En condiciones normales y, actuando de forma plenamente individual y aislada, ciertos acusados no hubiesen sido atribuidos competencialmente al Tribunal Supremo, en primera y única instancia. Es por ello que hemos de hacer referencia a la alteración de competencias producida por la conexión de delitos.

La conexidad de delitos implica *“la existencia de dos o más delitos y se resuelve, desde el punto de vista procesal, en el enjuiciamiento conjunto de todas las conductas punibles en un solo proceso, como consecuencia de la existencia de ciertos nexos o elementos comunes referidos, ya sea a los inculpados, ya sea a los hechos delictivos”* (Blázquez & Velasco, 2015).

Debido a lo cual, la problemática surge cuando se están juzgando distintos hechos presuntamente delictivos, que tienen un fuerte vínculo entre sí, de forma que juzgarlos por separado podría implicar dificultades a la hora de encontrar la verdad. Ciertamente es

que, en ocasiones, el efecto de la conexidad de causas penales termina siendo el contrario, produciendo macrocausas y dilaciones exorbitadas, provocando un sentimiento de incertidumbre en las víctimas que puede ser incompatible con el principio de seguridad jurídica (Nieto & Palao, 2018).

Arroja la luz necesaria sobre esta cuestión, la STC 64/2001, de 17 de marzo, al decir que *“...en el examen de la pretensión del recurrente se ha de tener en cuenta que el fuero constitucionalizado en el art. 71.3 CE no es directamente aplicable al demandante de amparo, ya que carece de la condición de Diputado o Senador. El enjuiciamiento del recurrente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se sustenta en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que establecen el enjuiciamiento conjunto en un único procedimiento de los delitos conexos (arts. 17.1, 272.3, 300). El aforamiento especial de uno de los encausados ha tenido como consecuencia, en aplicación de dichas normas legales, que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y se restringiera, como consecuencia de su enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior.*

*La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego a la que nos acabamos de referir...”.* (2019)

Desde esta perspectiva y a la vista de tal precedente, no era conveniente para el Tribunal producir una ruptura en el relato histórico de los hechos, siendo la conexidad especialmente importante para poseer la versión de los hechos con un mayor grado de veracidad. La conexidad se da, en la mayoría de los casos, con respecto del delito de malversación. Por tanto, no cabe pensar que se han incorporado a la causa todas las personas que estuvieran lejanamente relacionadas con los hechos. No sucedió de esta forma con aquellas personas a las que se imputaba un delito de desobediencia, pues incorporarlas al procedimiento podía suponer una dilación injustificada. No incorporar a los imputados por malversación hubiera supuesto unas esperas exorbitantes y sin

justificación alguna, por la dificultad de escuchar su relato mientras fueran juzgadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (que hubiera correspondido a los no aforados de no haber apreciado el Tribunal conexidad).

## 6. CONCLUSIONES

Tras el análisis profundo tanto de las cuestiones de fondo como de forma del procedimiento judicial del “1-O”, se comprende que no haya existido ningún revuelo ni escándalo dentro del mundo de los juristas por el fallo de la sentencia. El Tribunal Parte de una dificultad inicial: ser el primer Tribunal que juzga los delitos de rebelión y sedición desde que en España impera la Constitución. Ante la ausencia de jurisprudencia en la que apoyarse, el Tribunal ha producido una sentencia inusualmente laboriosa y detallada. Sin flecos.

Desde la opinión pública, la mayor crítica que se hizo a la sentencia fue su “laxa” interpretación de los hechos al condenar a los reos por el delito de sedición y no por rebelión. Para ello, el Tribunal obtuvo tanta información como fue posible para saber si hubo violencia inducida por los encausados, y en caso de haberla, su dicha violencia estaba encaminada a fines secesionistas. Este es el punto de inflexión en el que el Tribunal se extiende durante numerosas páginas, para que no quede duda alguna sobre la calificación que hace de los hechos. Entender la violencia como funcional, instrumental y preordenada directamente para la obtención de un objetivo determinado, implica descartar que el alzamiento que instigaron los políticos catalanes durante los meses de septiembre y octubre utilizara la violencia como vehículo para la consecución de sus fines secesionistas. Aunque hubo episodios esporádicos de violencia que el Tribunal califica de simple “quimera”, dicha violencia estaba encaminada a entorpecer la ejecución de resoluciones por parte de las autoridades, pero en ningún caso a lograr la secesión de una parte del territorio del Estado. Pensar lo contrario sería irrisorio.

En cuanto a la búsqueda de exención de responsabilidad criminal por parte de las defensas, alegando el ejercicio del “derecho a decidir”, el Tribunal niega cualquier pretensión relativa a dicho derecho, que es inexistente en cualquier Estado Constitucional o democrático, incluido España. A nivel social, la existencia de dicho

derecho ganaba credibilidad por los referéndums hechos en Escocia y Canadá. Lo cierto es que, en ninguno de los países mencionados se reconoce tal derecho, sino que provienen de acuerdos históricos o de decisiones del Gobierno central. Tal es la incongruencia de los acusados escudándose en el ejercicio de dicho derecho, que en ninguno de los borradores de la Constitución de la “República Catalana”, se incluye el derecho a decidir. Se trata de una idea utilizada por los políticos para utilizar como arma arrojadiza contra España. Con total coherencia y legalidad, el Tribunal rechaza la pretensión de las defensas de eximir de responsabilidad criminal a los acusados.

En el plano del tipo, resulta importante destacar que ambos delitos, tanto el de rebelión como el de sedición, son delitos de mera actividad, como puedan ser los delitos de seguridad vial. Cuando los delitos se castigan por su actividad, implica que el bien jurídico protegido es de gran importancia. Aunque en inicio parezca que la gran diferencia entre ambos tipos penales sea la violencia, lo cierto es que el elemento de la conducta típica que más diferencia a ambos tipos, es el bien jurídico protegido. Mientras que en la rebelión se protege el ordenamiento Constitucional, en el delito de sedición se pretende salvaguardar el orden público.

En el aspecto procesal, la cuestión de mayor controversia es la de juzgar a personas no aforadas en la Sala Segunda del TS. Cuestión que, en mi opinión fue un acierto, pues los encausados no aforados tenían cargos de alta responsabilidad y trascendencia en el proceso de independencia y, de no haber estado encausados en el mismo procedimiento, la tarea de alcanzar la verdad de los hechos hubiese sido excesivamente larga, farragosa y posiblemente, insuficiente. Dicho lo cual, no ha de entenderse de lo anterior que el TS deba hacer uso de la conexidad de delitos de forma discrecional, pues se estaría yendo en perjuicio de los derechos de los encausados. Únicamente cuando sea de gran interés y necesidad para la causa principal, como es el caso de la STS 459/2019, el Alto Tribunal deberá tomar dichas medidas.

La alegación de las defensas de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a la doble instancia queda totalmente rechazada, con

acierto, por el Tribunal. Los artículos 73.1 CE y 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña confirman fulminantemente que el juez predeterminado por la ley para los reos condenados por la STS 459/2019 no es otro que el Tribunal Supremo.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- 1154/2010 (Tribunal Supremo - Sala de lo Civil 12 de enero de 2011).
- Sentencia núm. 459/2019 (Trbunal Supremo - Sala de lo Penal 14 de Octubre de 2019).
- A. Obregón García, J. G. (2015). *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de la Teoría del Delito* (2ª ed.). Tecnos.
- Alarcón, M. L. (2015). *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* (Vol. 35).
- Anton, T. S. (1993). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia.
- Bea, D. C. (22 de febrero de 2018). Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jorids). *Diario La Ley*, 9145, 3.
- Blázquez, C. M., & Velasco, C. M. (2015). *Derecho Penal Español. Parte General* (Nueva Edición actualizada conforme a la LO 1/2015 ed.). Madrid.
- Conde, F. M. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (T. I. Blanch, Ed.)
- ESTADO, JEFATURA DE. (24 de Noviembre de 1995). Código Penal. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. España.
- Fernández, E. T. (2001). *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*. (M. Pons, Ed.) Madrid.
- Garrido, D. L., & Arán, M. G. (1996). *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador* (1ª ed.). (Eurojunis, Ed.) Madrid.
- J.C Carbonell Mateu, T. V. (1990). *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed., Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir, J. C. (2002). Los delitos del peligro abstracto en el ambito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(10), 47-72.
- Nieto, J. Z., & Palao, J. B. (2018). *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal* (4ª ed.). Madrid.
- Pizzorosso, A. (1984). Reflexión sobre las Inmunidades Parlamentarias. Un enfoque comparatista. *Revista de las Cortes Generales*, 2, 27-50.
- Rivas, N. G. (1990). *La Rebelión militar del Derecho penal. La conducta punible en el delito de rebelión*. (Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha ed.). Cuenca.
- Sandoval, J. C. (2013). *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*.
- UNED. (2016). *Teoría y Realidad Constitucional*.



## **8. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

España. Constitución Española, del 6 de diciembre de 1978.

España. Ley de Enjuiciamiento Criminal 2015.

España. Ley Orgánica del Poder Judicial.

España. Código Penal 2015.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 459/2019, de 14 de octubre.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 64/2001, de 17 de marzo.

Unión Europea (Estrasburgo). Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

