



Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés

STS 459/2019, de 14 de octubre

Juan Manuel Herreros López

*Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA*

Extracto

Este comentario de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre) tiene como principal propósito analizar jurídicamente la parte que podemos considerar más «constitucionalista» de la sentencia, sin entrar por tanto en el estudio más «penalista» relativo a si los hechos juzgados constituían delito de rebelión o de sedición.

La parte «constitucionalista» de la sentencia es tan importante como profusa. Nos referimos a las casi doscientas páginas de la fundamentación jurídica en las que la Sala II del Tribunal Supremo responde, con una prolija y cuidada argumentación, a las numerosas alegaciones de las defensas sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales de los procesados. Esta parte de la fundamentación jurídica es especialmente importante porque a nadie se le escapa la más que previsible impugnación en amparo de la sentencia ante el Tribunal Constitucional y, en caso de que este no admita el amparo, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es también una parte especialmente extensa en términos comparativos con el resto de la fundamentación jurídica de la resolución, consecuencia de los muchos derechos invocados por las defensas. Por ello, y a fin de no desbordar las dimensiones de este trabajo, nuestro comentario se referirá a todos los derechos invocados por los procesados, si bien se detendrá de forma algo más pormenorizada solo en algunos, destacando entre ellos el llamado «derecho a decidir».

Palabras clave: Sentencia del Procés; derecho a decidir; referéndum de autodeterminación.

Fecha de entrada: 27-11-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho penal del 1 al 15 de octubre de 2019).

Cómo citar: Herreros López, J. M. (2020). Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre). *Revista CEFLegal*, 228, 115-134.



Commentary on the constitutional aspects of the call Judgment of Procés

Juan Manuel Herreros López

Abstract

This comment of the judicial decision called Sentence Procés (STS 459/2019, of October 14) has as its main purpose to legally analyze the part that we can consider the most «constitutionalist» of the sentence, without therefore entering into the most «criminalist» relative study to whether the facts judged constituted a crime of rebellion or sedition.

The «constitutionalist» part of the sentence is as important as it is profuse. We refer to the almost two hundred pages of the legal basis in which Room II of the Supreme Court responds, with a neat and careful argumentation, to the numerous allegations of the defenses about possible violations of fundamental rights of the defendants. This part of the legal basis is especially important because no one escapes the more than foreseeable challenge under the judgment before the Constitutional Court and, in case it does not admit the amparo, before the European Court of Human Rights. It is also a particularly large part in comparative terms with the rest of the legal basis of the resolution, a consequence of the many rights invoked by the defenses. Therefore, and in order not to overflow the dimensions of this work, our comment will refer to all the rights invoked by the defendants, although it will stop in a more detailed way only in some, highlighting among them the so-called «right to decide».

Keywords: Judgment of the Procés; right to decide; referendum of self-determination.

Citation: Herreros López, J. M. (2020). Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre). *Revista CEFLegal*, 228, 115-134.

Sumario

Introducción

1. La alegación de vulneración general de derechos producto de la sobreprotección de la unidad de España
2. La alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo con todas las garantías procesales
 - 2.1. Por la negativa a usar el catalán como lengua del proceso y subsiguiente remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña
 - 2.2. Por la violación del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia
 - 2.3. Por no haber podido preparar una defensa adecuada al estar en situación de privación de libertad
3. Sobre el supuesto efecto exculpatório derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal
4. Sobre la inviolabilidad parlamentaria como pretendida causa de justificación
5. El ejercicio del derecho a la desobediencia civil como causa de exclusión de la antijuridicidad
6. El ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales como causa de exclusión de la antijuridicidad
7. El pretendido derecho a decidir
 - 7.1. El derecho a decidir del pueblo catalán no está amparado en nuestro ordenamiento jurídico
 - 7.2. El derecho a decidir del pueblo catalán tampoco está amparado en el Derecho internacional
 - 7.3. El caso del referéndum de autodeterminación de Quebec
 - 7.4. Los casos de Montenegro, Escocia y Kosovo
 - 7.5. Los casos de la Región del Véneto y el Land de Baviera



Introducción

Aunque es obvio que la STS 459/2019, de 14 de octubre (la llamada Sentencia del Proceso [NCJ064286]), tiene una naturaleza eminentemente penal, resulta de gran interés la extensa y detallada primera parte de su fundamentación jurídica con la que la Sala II del Tribunal Supremo rebate las numerosas alegaciones de los procesados en torno a posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

En estas alegaciones se aprecia más un propósito político que jurídico. La idea que parecen querer transmitir es que los procesados actuaron en todo momento de forma democrática y pacífica, atendiendo al mandato del pueblo soberano de Cataluña. Una actuación que contrasta con la que habrían mantenido las autoridades del Estado y que los procesados califican de represiva de las legítimas y democráticas aspiraciones de autodeterminación del pueblo catalán. Esta intencionalidad política que se desprende de las alegaciones de las defensas encaja, por otra parte, con el hecho cierto de que el juicio tuvo un extraordinario seguimiento mediático tanto dentro como fuera de España.

En todo caso, la profusa y bien fundamentada respuesta que la Sala II del Supremo da a las denuncias resulta del todo pertinente teniendo en cuenta la previsible impugnación en amparo de la sentencia ante el Tribunal Constitucional y, llegado el caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es evidente que la sala ha querido prevenir cualquier revocación de la sentencia por razones basadas en hipotéticas violaciones de derechos fundamentales. Por ello es muy importante que, aun no existiendo en el procedimiento ordinario un turno específico para alegar lesión de derechos fundamentales¹, la Sala, aplicando su propia jurisprudencia, ampliase el campo funcional de la vista al que se refiere el artículo 673 de la LECrim. y ofreciese a los procesados la posibilidad de alegar lo que estimaran oportuno en relación con sus derechos. Como expresamente afirma la sentencia, «la pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial a quien reprocha la infracción» (FJ 1).

¹ Ese turno sí existe, en cambio, para el procedimiento abreviado conforme a lo previsto en el artículo 786.2 de la LECrim.

1. La alegación de vulneración general de derechos producto de la sobreprotección de la unidad de España

Las defensas comienzan sus alegaciones denunciando una vulneración general de los derechos fundamentales de los procesados y de los derechos democráticos del pueblo catalán como consecuencia de una sobreprotección de la unidad territorial de España. Las defensas parten de la existencia de un contexto sociopolítico contrario a las legítimas y democráticas aspiraciones de autodeterminación del pueblo catalán que han condicionado la actuación de jueces y fiscales. Se afirma, en concreto, que desde el primer momento los órganos jurisdiccionales competentes y el Ministerio Fiscal se habrían concertado para restringir de forma radical los derechos de la ciudadanía catalana, y todo ello por la voluntad de proteger a toda costa la indisolubilidad territorial de España.

La sentencia responde a esta alegación indicando, en primer lugar, que la protección territorial de España no es una singularidad de nuestro orden constitucional, y recuerda que todas las constituciones de nuestro entorno político recogen en su articulado preceptos semejantes al artículo 2 de nuestra norma fundamental, donde se dispone que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» (FJ 2.2). Asimismo, la sentencia considera que las defensas confunden sobreprotección de la unidad territorial de España con la investigación y enjuiciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de unos hechos que ya en los primeros momentos de la investigación judicial presentaban indicios de ser delictivos (FJ 2.3). La sentencia salvaguarda así una legítima y debida actuación judicial y fiscal, con inequívoco encaje en un Estado de derecho, y cuyas resoluciones pueden ser objeto de los oportunos recursos, entre otras cosas para depurar posibles excesos.

Como bien indica la sentencia, «cuando para el análisis de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales se arranca de un presupuesto contextualizador que todo lo explicaría [...] se nubla el análisis y se convierten las legítimas actuaciones del Estado en actos represivos llamados a subyugar un pueblo» (FJ 2.3).

2. La alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo con todas las garantías procesales

La mayoría de los derechos que las defensas invocan como lesionados se sitúan en la órbita o ámbito protegido de los artículos 24 de la CE y 6 de la CEDH, es decir, la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo con todas las garantías procesales. Son muchas las facultades y garantías que los procesados entienden vulneradas en este terreno. Sin carácter exhaustivo, relacionamos a continuación algunas de esas facultades y garantías:

- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por no haberse utilizado el catalán como lengua del proceso.
- Lesión del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia por haber unido todo el procedimiento en el Tribunal Supremo.
- Lesión del derecho al juez imparcial al atribuir tanto al juez instructor como a los jueces de la sala contaminación procesal y parcialidad a la hora de juzgar a los procesados.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por haber tenido que preparar el juicio en situación de privación de libertad.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por no garantizarse un acceso completo a las actuaciones.
- Lesión del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la secretaria de estado Dña. Irene Lozano, que prejuzgaban la culpabilidad.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por denegación de medios de prueba pertinentes, entre ellas la citación del rey o de Puigdemont como testigos.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por la presencia de un partido machista y xenófobo como Vox ejerciendo la acusación popular.

Resulta imposible un análisis pormenorizado de todas estas alegaciones de los procesados si no queremos desbordar las dimensiones en las que está concebido este trabajo. En consecuencia, en los próximos epígrafes nos vamos a detener solo, y someramente, en aquellos derechos que nos han parecido más relevantes.

2.1. Por la negativa a usar el catalán como lengua del proceso y subsiguiente remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña

La primera queja de las defensas en el ámbito de una posible lesión de la tutela judicial efectiva se refiere a la negativa de la sala a que se pudiera utilizar el catalán como lengua del proceso, lo que a su vez impidió la remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña, cuya praxis judicial es la única que podría garantizar el uso de la lengua catalana como idioma del proceso.

La negativa de la sala tuvo su correcto fundamento en el artículo 231.1 de la LOPJ, de acuerdo con el cual el castellano, en su condición de lengua oficial del Estado, debe ser el idioma usado en las actuaciones judiciales. Adviértase, asimismo, que ni la Constitución ni

el Estatuto de Autonomía de Cataluña reconocen un derecho incondicional al uso de la lengua propia de una comunidad autónoma en actuaciones procesales desarrolladas fuera del territorio de esa comunidad (FJ 3.2.2), por lo que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «el castellano es la lengua española oficial del Estado, y entendiéndose obviamente aquí por "Estado" el conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autónomos y locales, resulta que el castellano es lengua oficial de todos los poderes públicos y en todo el territorio español» (STC 82/1986, FJ 2). Por otro lado, «el criterio territorial relevante a los efectos de la delimitación del poder público vinculado a las consecuencias de principio inherentes a la cooficialidad de una lengua autonómica es el de la sede de la autoridad, no el del alcance territorial de su respectiva competencia» (STC 31/2010, FJ 21 [NCJ052475]).

No obstante toda esta argumentación, hay que hacer constar que la sala puso a disposición de las defensas traductores oficiales de catalán y permitió a los procesados que hicieran uso de esta lengua al responder a las preguntas que les pudieran formular tanto las acusaciones como las defensas.

2.2. Por la violación del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia

Las defensas de los procesados alegaron que el Tribunal Supremo carecía de competencia para conocer de los hechos juzgados. Esta hipotética irregularidad habría generado una doble consecuencia: de un lado, una grave fragmentación del objeto del procedimiento, existiendo numerosas causas distintas con un mismo objeto procesal; de otro lado, los procesados se han visto privados del derecho a la doble instancia reconocido en el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 de la CEDH.

Esta alegación puede ser refutada de entrada si recordamos que durante el transcurso del procedimiento los procesados Sres. Sánchez, Turull, Rull y Junqueras se habían convertido en diputados y el Sr. Romeva en senador, por lo que su aforamiento en el Tribunal Supremo en tanto que parlamentarios de las Cortes Generales quedaría claro y relativizaría la objeción alegada por las defensas de los procesados (FJ 4.1). En todo caso, y teniendo en cuenta la previa condición de miembros del Parlamento de Cataluña de varios de los procesados, la sala invoca con acierto el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), de acuerdo con el cual «en las causas contra los Diputados es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», pero «fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». En este orden, es pertinente recordar que los hechos juzgados habían rebasado los límites territoriales de la comunidad autónoma y, por tanto, la competencia no podía de ser de otro órgano distinto al Tribunal Supremo (FJ 4.1.1).

Interesante resulta la argumentación que añade la sala, según la cual unir en el Tribunal Supremo la investigación y el enjuiciamiento de causas con aforados y tan complejas como la que nos ocupa resulta aconsejable para evitar pronunciamientos contradictorios y facilitar tanto la investigación como el juicio de los hechos (FJ. 4.1.3).

En cuanto a la doble instancia, es cierto que el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 de la CEDH establece que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior». Ahora bien, el apartado segundo de dicho artículo prevé que el citado «derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal». Una excepción que debe conectarse con la prerrogativa funcional que la Constitución confiere, en forma de garantía procesal, a los parlamentarios.

En todo caso, compartimos el argumento añadido por la sala, en virtud del cual el enjuiciamiento en primera y única instancia ante el Tribunal Supremo se produce ante un órgano tan cualificado como es el que cierra el poder judicial en España, y en este caso sin los límites cognitivos que le son propios: los del recurso extraordinario de casación, lo que también comporta una ventaja para el enjuiciado (FJ 4.1.5.1). En esta línea se ha venido pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, tal y como recuerda la sala. Así, ya la STC 51/1985 concluía que «determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior [...] disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria» (FJ 3).

2.3. Por no haber podido preparar una defensa adecuada al estar en situación de privación de libertad

Los procesados alegaron que su privación de libertad durante el juicio les impidió preparar adecuadamente las defensas por no haberles sido posible buscar por sí mismos los medios de prueba para demostrar su inocencia. Esta imposibilidad habría provocado, además, el efecto reflejo de lesión de otro derecho, en este caso, el de los letrados a gozar del descanso laboral y la conciliación de la vida familiar y profesional.

La sala tilda irónicamente de alegación creativa y original este razonamiento formulado por los procesados, y arguye que la medida cautelar de la prisión preventiva se ajustó en todo momento a los presupuestos legales que la permiten y que son los establecidos en los artículos 503 y siguientes de la LECrim. Conviene recordar en este sentido que ningún Estado democrático distingue en su Derecho procesal entre proce-

sados que disfrutaban de libertad provisional y los que sufren prisión preventiva, considerando a los primeros en ventaja sobre los segundos a la hora de ejercer del derecho de defensa. Y, en efecto, en este juicio la situación de privación de libertad no ha impedido realmente un ejercicio pleno del derecho defensa. Y no hay mejor demostración de ello que el hecho de que el letrado que invoca la incompatibilidad entre prisión preventiva y derecho de defensa «no menciona un solo medio de prueba o una sola diligencia de investigación que no haya podido incorporar a la causa por razón del internamiento que afecta a sus clientes» (FJ 6.1).

3. Sobre el supuesto efecto exculpatario derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal

Las defensas alegaron un efecto exculpatario derivado de la reforma del Código Penal introducida por el Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que derogó entre otros el artículo 506 bis del CP, que castigaba «la autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución». Las defensas apoyaron su alegación en el preámbulo de la citada ley derogatoria, donde se explica que los preceptos derogados se referían a conductas sin la gravedad suficiente para merecer una condena penal y aún menos de privación de libertad, todo ello con base en los principios de intervención mínima y proporcionalidad a los que nuestro Tribunal Constitucional alude reiteradamente y en particular en el ámbito del Derecho penal.

La derogación de 2005 fue una decisión legislativa justificada por el legislador en los principios de intervención mínima y proporcionalidad, al entender que a la postre estábamos ante un conflicto competencial entre autoridades estatales y autonómicas a la hora de convocar un referéndum o consulta popular. Desde esa perspectiva, el legislador estimó desproporcionado castigar penalmente lo que, en la interpretación correcta de aquel precepto, era una invasión competencial.

Ahora bien, los hechos juzgados son mucho más que un conflicto competencial. En el caso que nos ocupa, sin embargo, los hechos objeto de enjuiciamiento son mucho más que un mero conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña a la hora de organizar o prohibir una consulta popular. Lo que se juzga aquí es la organización de un referéndum y una simultánea movilización ciudadana para destruir unilateralmente, al margen de la reforma constitucional, fundamentos esenciales de nuestro texto constitucional (FJ 17.2). Resulta decisivo, en este sentido, que los convocantes del referéndum lo hicieron desoyendo los requerimientos del Tribunal Constitucional que advertían de la ilegalidad de una convocatoria apoyada en la movilización ciudadana y con el propósito de demoler estructuras fundamentales de nuestro Estado constitucional. Por

ello, y desde el punto de vista penal, el supuesto de hecho punible no es realmente la falta de competencia para convocar el referéndum, sino la posible comisión de delitos como el de desobediencia, rebelión o sedición (FJ 17.2).

4. Sobre la inviolabilidad parlamentaria como pretendida causa de justificación

Los procesados que ejercían funciones parlamentarias cuando se produjeron los hechos enjuiciados alegaron exención de responsabilidad penal invocando la prerrogativa constitucional de inviolabilidad parlamentaria reconocida en el artículo 71.1 de la CE y 57.1 del EAC.

La inviolabilidad parlamentaria está reconocida efectivamente en los citados preceptos, así como también en los artículos 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) y 21 del Reglamento del Senado (RS). Se trata de una prerrogativa imprescriptible e irrenunciable (*v. gr.* STC 22/1997, FJ 5), que precisa de una interpretación restrictiva para no convertirse en un privilegio que erosione derechos fundamentales de terceros (*v. gr.* STC 123/2001, FJ 3 [NFJ012702]). En este sentido, conviene puntualizar que la inviolabilidad parlamentaria se circunscribe a las opiniones y votos emitidos durante el ejercicio de las funciones parlamentarias, tal y como se desprende de la interpretación sistemática de todas las normas antes citadas: artículos 71.1 de la CE, 57.1 del EAC, 10 del RCD y 21 del RS.

Por ello, y como bien declara la sala, no cabe situar dentro del amparo de la inviolabilidad parlamentaria hechos como los juzgados consistentes en «no dar cumplimiento a un mandato judicial en ejecución de lo resuelto en sentencia firme», lo que, en definitiva, supone «no aplicar la ley». El mandato de cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia no puede considerarse como acto parlamentario de naturaleza política, sino como acto de ejecución de sentencia firme (FJ 17.3.3). En suma, y en línea con lo que ya tenía declarado el propio Tribunal Supremo, no es posible admitir que «la prerrogativa de inviolabilidad parlamentaria se invoque para excluir la jurisdicción del Tribunal enjuiciador, por tratarse de la adopción de un acuerdo que no puede estar abarcado por la inviolabilidad parlamentaria» (STS 1117/2006, de 10 de noviembre, FJ 6).

En cualquier caso, añade la sala un argumento importante para demostrar que la inviolabilidad parlamentaria no es ilimitada. Ese argumento no es otro que la posibilidad legal de recurrir en amparo las decisiones de la mesa de cualquier asamblea legislativa (art. 42 LOTC). El control que por esta vía puede ejercer el Tribunal Constitucional presupone que los actos parlamentarios son revisables por los órganos jurisdiccionales (FJ 17.3.3 y STS 1117/2006, de 10 de noviembre, FJ 6).

5. El ejercicio del derecho a la desobediencia civil como causa de exclusión de la antijuridicidad

Otra de las causas de exclusión de la antijuridicidad que se alegaron en el juicio fue el legítimo ejercicio de la desobediencia civil, entendida como el derecho a no acatar las normas jurídicas o las resoluciones judiciales que se estiman injustas o ilegítimas.

La sentencia empieza reconociendo el valor de la desobediencia civil como mecanismo dinamizador para no caer en una democracia adocenada e instalada en conformismo acomodaticio. La desobediencia civil puede servir en este sentido de motor de reformas legislativas y constitucionales necesarias en regímenes donde la Constitución no está concebida como una norma perfecta y cerrada a cualquier posibilidad de cambio. En un ordenamiento democrático no solo se debe tolerar la discrepancia, sino que se debe proteger, añade la Sala. No en vano, nuestra Constitución declara en su primer precepto que el pluralismo político (y, por tanto, ideológico) es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

Ahora bien, la desobediencia civil, aun cuando se ejerza honesta y pacíficamente, no puede desplazar en ningún caso la sanción jurídica. No puede considerarse causa de justificación de comportamientos tipificados como delitos. La falta de sanción jurídica apoyada en la desobediencia civil supondría en realidad que dichos comportamientos no son contrarios a la ley, «convirtiendo el acto pretendidamente desobediente en un acto de obediencia al Derecho». Los ordenamientos jurídicos democráticos han de ser receptivos a la protesta y a las aspiraciones de cambios jurídicos y políticos. «Pero no puede claudicar frente a quien quiere imponer sus propias convicciones a través de conductas que el Código Penal sanciona como delito, en oposición y desafío a las mayoritarias, que son las que hay que presumir que cristalizan en la Constitución y en las leyes» (FJ 17.4.2).

Por otro lado, la desobediencia civil resulta menos comprensible cuando la ejercen líderes políticos, que, como en este caso, constituyen la autoridad del Estado en una comunidad autónoma, y que actúan contra una Constitución de la que precisamente se deriva su legitimidad democrática. La colisión de opiniones, proyectos e intereses entre poderes políticos no debe resolverse a través de la desobediencia civil y mucho menos haciendo uso para ello de la producción legislativa. Y esto es justamente lo que hicieron los procesados, que más que realizar actos de desobediencia civil para cambiar el ordenamiento, contribuyeron decisivamente a aprobar leyes que suponían directamente la demolición del pacto constitucional (FJ 17.4.3.1).

6. El ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales como causa de exclusión de la antijuridicidad

Las defensas también alegaron distintos derechos reconocidos en la Constitución, cuyo legítimo ejercicio por los procesados debiera excluir la antijuridicidad de los hechos juzga-

dos. Entre esos derechos se hallan la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad ideológica o el derecho de representación política. La sentencia rechazó este conjunto de alegaciones con diferentes argumentos.

En los casos de la libertad ideológica y la libertad de expresión, la sala declaró que en ningún momento se estaba sancionando mantener ideas u opiniones contrarias a la Constitución, sino aprobar una legalidad paralela, prácticamente de naturaleza constituyente, y movilizar a los ciudadanos para oponerse a la ejecución de resoluciones judiciales legítimas. La prueba de que no se prohíbe ni sanciona mantener ideas u opiniones incluso contrarias a la Constitución fue, como bien recalca la sentencia, el hecho de que los procesados, aun permaneciendo en prisión preventiva, han podido participar en la campaña electoral y difundir sus ideas y programas políticos (FJ 17.5.1 y 17.5.3).

Respecto del derecho de reunión, la sentencia razona afirmando que no se han criminalizado las convocatorias de protesta, sino el ataque activo y concertado a las bases mismas de la Constitución, con movilización de la ciudadanía para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional y lograr que una votación prohibida llegara a celebrarse, todo lo cual no puede tener amparo dentro del derecho de reunión tal y como ha venido siendo delimitado (FJ 17.5.2).

En lo relativo al derecho de representación política, la sala declara que el ejercicio de un cargo político no legitima comportamientos sancionados penalmente. Asimismo, la sentencia asocia esta alegación de los procesados con la de vulneración de la inviolabilidad parlamentaria, y se remite en consecuencia a la argumentación utilizada para rechazar que se conculcara dicha prerrogativa de los parlamentarios (FJ 17.5.4.1).

7. El pretendido derecho a decidir

Entre los derechos vulnerados que invocan las defensas destaca un pretendido «derecho a decidir», derivado, a su vez, del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos reconocido en los artículos 1.2 de la Carta de la Naciones Unidas (CNU) y 1.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Además de los citados artículos de la CNU y del PIDCP, las defensas de los procesados aludieron a diversos antecedentes analógicos que ofrece el Derecho comparado sobre la convocatoria de un referéndum de autodeterminación, siendo invocado especialmente el caso de la provincia francófona de Quebec en Canadá.

El derecho a decidir se ejerce, asimismo, con la cobertura de una legislación autonómica aprobada por el Parlamento de Cataluña, expresando y dando cumplimiento a la voluntad soberana del pueblo catalán. Todo ello, como bien sabemos, desembocó en una declaración unilateral de independencia (DUI).

A partir de esta supuesta cobertura jurídica, las defensas alegaron que los procesados no hicieron otra cosa que ejercer legítima y pacíficamente estos derechos, lo que debe considerarse como causa de exclusión de la antijuridicidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.7 del CP: «Están exentos de responsabilidad criminal: 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». La invocación del derecho a decidir por los procesados se complementó con afirmaciones como «votar no es delito» o existe el «derecho democrático a que cualquier comunidad pueda decidir sobre su futuro».

7.1. El derecho a decidir del pueblo catalán no está amparado en nuestro ordenamiento jurídico

Lo primero que afirma la sentencia es que el «derecho a decidir» no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (FJ 17.1.2 C). Ya las SSTC 114/2017 (NCJ062711) y 124/2017 (NCJ062753) lo habían dejado claro al declarar que «para ninguno de los pueblos de España (terminología empleada por el preámbulo de la Constitución) existe un derecho de autodeterminación, entendido como derecho a promover y consumir su secesión unilateral del Estado en el que se constituye España (art. 1.1 CE). Tal derecho, con toda evidencia, no está reconocido en la Constitución, ni cabe aducir que forme parte de nuestro ordenamiento por vía de tratados internacionales de los que España es parte (art. 96 CE)» (STC 114/2017, FJ 2 A.b) y STC 124/2017, FJ 5 c).

A partir de ahí, la sala del Supremo sitúa el razonamiento en el ámbito de la soberanía y de la reforma constitucional. El Estado democrático proclamado en el artículo 1.1 de la CE descansa sobre el concepto de soberanía, que, de acuerdo con el artículo 1.2 de la CE, reside en el pueblo español (en el conjunto de todo el pueblo español) y de él emanan todos los poderes. Reconocer al pueblo catalán como sujeto soberano distinto al español supone mutilar, trocear o fragmentar al único reconocido en la Constitución y que no es otro que, como poder constituyente originario, aprobó el texto constitucional. Solo ese poder constituyente, convertido ahora en «poder constituyente constituido», podría cambiar el sujeto de la soberanía (*v. gr.* reconociendo al pueblo catalán como sujeto de soberanía en Cataluña), pero siempre a través de una reforma de la Constitución mediante los procedimientos previstos al efecto en la propia norma fundamental.

La aprobación de leyes por el Parlamento catalán, como la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación, constituye un desafío doblemente inadmisibles, pues además de violar la Constitución en uno de sus principios estructurales, transmite a los ciudadanos la falsa creencia de que el ordenamiento jurídico da cobertura a una pretensión inalcanzable. Que la citada ley proclame que el pueblo de Cataluña es un sujeto político soberano o que el Parlamento de Cataluña actúa como representante de la soberanía del pueblo catalán no basta para reconocer la existencia de un nuevo Estado (FJ 17.1.5.1). No

solo eso, fragmentar el sujeto de la soberanía española mediante la creación de un nuevo sujeto soberano (el pueblo catalán) supone negar los derechos fundamentales de aquellos otros ciudadanos catalanes contrarios al proceso secesionista (FJ 17.1.5.2).

No hay duda de que la democracia implica derecho a votar como alegan los procesados, pero la democracia es mucho más que eso, afirma la sentencia, y, sobre todo, «no puede hacerse depender de la incondicional aceptación de ese derecho». Además de votar, la democracia es el respeto a los derechos y libertades que la Constitución reconoce a otros ciudadanos, es también división y equilibrio de poderes, observancia de las resoluciones de los órganos judiciales y, desde luego, es respeto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico como marco de convivencia pacífica que nos hemos dado (FJ 17.1.5.1). Una convivencia pacífica que quedaría quebrantada si un gobierno autonómico pudiera transformar la estructura del Estado al margen de las vías constitucionales (especialmente la reforma constitucional) y legales previstos en el ordenamiento (FJ 17.1.5.2).

El derecho a decidir solo es posible si se constitucionaliza a través de una reforma de la Constitución con los niveles de consenso que esta requiere. Toda Constitución debe incorporar reglas que prevean su revisión y hagan factible pretensiones políticas no contempladas en su momento por el poder constituyente originario. Y eso es así porque el inicial acuerdo constitucional puede redefinirse en el futuro, pero siempre con el mismo consenso y nunca de forma unilateral al margen del Estado de derecho (FJ 17.1.5.2). Es verdad que nuestra Constitución no responde a un modelo de democracia militante, por lo que no impone una plena identificación con el sistema político en ella establecido, pero eso no significa que se pueda demoler mediante actos unilaterales. Esta posibilidad solo es posible mediante la vía negociada de la reforma constitucional (FJ 17.1.5.2).

Esta es, por otra parte, la interpretación que ha mantenido el Tribunal Constitucional, que en 2017 recordó que «todos los preceptos de la Constitución son susceptibles de reconsideración y revisión en Derecho, pues nuestra Constitución, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, ya que admite y regula su revisión total (art. 168 CE). Así pues, el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el orden constitucional, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del titular de la soberanía, es desde luego factible en nuestro ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, no hay límites materiales a la revisión constitucional» (STC 124/2017, FJ 5 C).

Por último, la sentencia también aclara que el derecho a decidir tampoco tiene cobertura en el Derecho de la Unión Europea y, en concreto, en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, donde se prevé que todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión Europea. No cabe aplicar aquí la analogía, pues la Unión Europea no es a día de hoy equiparable a un Estado soberano e independiente. Es cierto que la UE hace tiempo que trasciende los contornos propios de una organización in-

ternacional para convertirse en una comunidad política y económica de Derecho, pero aun así, a día de hoy sigue sin ser equiparable a un Estado soberano e independiente (FJ 17.1.2).

7.2. El derecho a decidir del pueblo catalán tampoco está amparado en el Derecho internacional

Como hemos señalado anteriormente, los procesados enlazan el «derecho a decidir» con el «derecho a la autodeterminación» reconocido en los artículos 1.2 de la CNU y 1.1 del PIDCP, de suerte que el primero tiene los mismos presupuestos de titularidad y contenido que el segundo. Reproducimos a continuación los citados preceptos:

CNU: *Artículo 1.2*

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la *libre determinación de los pueblos*, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

PIDCP: *Artículo 1.1*

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Ahora bien, ¿realmente tiene encaje el derecho a la autodeterminación reconocido por los citados artículos de la CNU y del PIDCP en el caso catalán? La respuesta es claramente negativa a juicio de la sala, que afirma textualmente que «el derecho a decidir, como derecho atribuible a una parte de la ciudadanía que reside en una comunidad autónoma, no tiene cobertura normativa, ni por sí, ni mediante su artificiosa asimilación al derecho de autodeterminación de los pueblos. No existe anclaje jurídico para el derecho a decidir, entendido este como un derecho con respaldo internacional (FJ 17.1.2.).

Tanto la CNU como el PIDCP reconocen ciertamente un derecho de autodeterminación, pero es un derecho vinculado principalmente a la preexistencia de una situación colonial, que obviamente no se da en el caso de Cataluña, o, a lo sumo, en una interpretación más amplia, a la de pueblos constituidos en Estados, a los que se les reconoce el derecho de determinar su estatuto libremente, sin injerencias externas y mediante la participación democrática en la gestión de los asuntos públicos². Esta interpretación queda reforzada en

² Interpretación como la sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en asuntos como los de la presencia continua de Sudáfrica Namibia, Sahara occidental y Timor oriental. Sobre este particular puede verse la ponencia «[El derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos](https://www.uspceu.com/instituto_democracia)», de José María Ruiz Sánchez. Recuperado de <https://www.uspceu.com/instituto_democracia>.

resoluciones de las Naciones Unidas como la Resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, que habla claramente de «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras», o la Resolución 1654, de 27 de noviembre de 1961, sobre la aplicación de la declaración de independencia a los países y pueblos coloniales (FJ 17.1.2).

Hay una resolución de la Asamblea de Naciones Unidas que la sentencia trae a colación de modo especialmente oportuno. Nos referimos a la denominada «cláusula sobre el gobierno representativo» contenida en la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970³. De acuerdo con esta resolución, «ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»⁴.

Por último, un pretendido derecho a decidir de pueblo catalán tampoco tendría encaje en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993, donde textualmente se dice que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural» (1.2). Pero también este derecho de autodeterminación está vinculado a situaciones coloniales, pues no en vano el texto continúa declarando que, «habida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación» (1.2). En cualquier caso, también esta Declaración y Programa de Acción de Viena se remite a la citada «cláusula sobre el gobierno representativo» contenida en la Resolución 2625 y que hemos reproducido anteriormente.

³ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

⁴ Esta cláusula es reiterada en la Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de noviembre de 1995, con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas; así como también se repite en la Recomendación General n.º 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al derecho a la libre determinación, adoptada en el 48.º período de sesiones en 1996.

7.3. El caso del referéndum de autodeterminación de Quebec

Para reforzar la existencia de un «derecho a decidir», los procesados hicieron numerosas referencias al caso de Quebec como ejemplo analógico de solución histórica y negociada a un conflicto que, en opinión de los procesados, es equiparable al suscitado en España con Cataluña.

Pero como bien argumenta la sentencia, el caso de Quebec, más allá de las diferencias históricas, políticas y jurídicas que presenta en relación con el caso de Cataluña, no solo no serviría de ejemplo analógico para permitir un referéndum de autodeterminación, sino que reforzaría precisamente la tesis de que la autodeterminación resulta inviable desde la unilateralidad y al margen de las vías constitucionales (sin una reforma constitucional). Como sabemos, el caso quebequés fue resuelto por el Tribunal Supremo de Canadá (Declaración de 20 de agosto de 1998), que permitió la celebración de un referéndum no de autodeterminación, sino sobre si cabía iniciar negociaciones relativas a una futura autodeterminación de la provincia francófona. Esta resolución del más alto tribunal canadiense comporta en sí misma la primera y trascendente diferencia con el caso catalán, donde se llevó a cabo un referéndum de autodeterminación prohibido por nuestro Tribunal Constitucional.

La clave de por qué el Tribunal Supremo de Canadá autorizó la celebración del referéndum no es otra que la apuesta por la reforma constitucional (diálogo y consenso entre las partes) frente a la unilateralidad que hicieron tanto las autoridades quebequesas como las de la federación de Canadá. El referéndum fue resultado de unas largas negociaciones en las que el Gobierno federal de Canadá finalmente no se opuso a la competencia de Quebec para organizar la consulta bajo las condiciones establecidas en la llamada Ley de Claridad. En esta ley se consensuó un referéndum no para votar a favor o en contra de la autodeterminación, sino para votar a favor o en contra de autorizar al gobierno de la provincia francófona para negociar un acuerdo con el resto de Canadá por el que Quebec obtendría su plena soberanía, manteniendo al mismo tiempo un acuerdo de asociación con el resto del Estado⁵. Una negociación que, además, solo sería posible en el caso de obtener un respaldo mayoritario claro a favor de iniciarla, correspondiendo al Parlamento canadiense determinar ese «respaldo mayoritario claro». Finalmente, solo cumplidos estos requisitos⁶, el hipotético acuerdo de secesión implicaría necesaria y formalmente una reforma constitucional, como único cauce jurídico legítimo y válido para llevar a cabo la independencia de Quebec.

⁵ El Parlamento de Canadá tenía, conforme a la resolución del Tribunal Supremo, la potestad de determinar con anterioridad al referéndum si la pregunta formulada en este era lo suficientemente clara.

⁶ El propio Parlamento canadiense se arrogó incluso la potestad de anular el resultado obtenido en referéndum en el caso de constatar que se hubiera violado alguno de los requisitos establecidos en la Ley de Claridad.

Este último paso es crucial en el razonamiento jurídico, pues solo con la reforma constitucional es posible cambiar el sujeto de la soberanía. El Tribunal Supremo canadiense recuerda en este sentido que cualquiera de los participantes en la federación tiene iniciativa para presentar una reforma de la Constitución, pero también que la reforma no podrá llevarse a cabo sin antes ser discutida y acordada con el resto de partícipes (pfo. 150). En consecuencia, la Constitución de Canadá seguiría vigente hasta que los términos de la independencia fuesen acordados por todas las partes afectadas; términos que en todo caso deben respetar el principio democrático, los intereses del resto de provincias y los derechos de las minorías, especialmente los de los ciudadanos aborígenes de Canadá (pfo. 151). Y es que la democracia significa más que una votación mayoritaria, incluso cualificada, a favor de la independencia. La democracia también son otros principios y valores constitucionales, sobre todo tras 131 años de unión (tiempo contabilizado en el momento del pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá) en los que los habitantes de las provincias y los territorios de Canadá han anudado estrechos lazos de interdependencia económica, social, política y cultural, todos ellos generados a partir de los valores comunes de una Constitución federal, que garantiza el orden y la estabilidad, y que sin duda serían quebrantados por una secesión unilateral.

El Tribunal Supremo de Canadá finaliza esta argumentación recordando que no estamos ante un pueblo colonizado u oprimido, sino ante el caso de un pueblo que pide ejercer el derecho de autodeterminación dentro de un Estado del que forma parte, y que ya le confiere un significativo autogobierno. Un Estado que es constitucional, democrático, respetuoso de los derechos, y cuyo Gobierno representa al conjunto de ciudadanos y territorios de Canadá, cuya integridad territorial también es un bien constitucional que se debe respetar (pfo. 154).

7.4. Los casos de Montenegro, Escocia y Kosovo

Aunque los procesados se refirieron fundamentalmente al caso de Quebec para apoyar su pretendido «derecho a decidir», también aludieron a otras experiencias internacionales y, en concreto, a la independencia de Montenegro respecto de la federación de Serbia y Montenegro, proclamada el 3 de junio de 2006, al referéndum de independencia celebrado en Escocia el 18 de septiembre de 2014 y a la declaración unilateral de independencia de Kosovo, realizada el 17 de febrero de 2008.

La sentencia declara que estos casos presentan contextos históricos, sociales, políticos y jurídicos muy diferentes a los del caso catalán y, por tanto, no pueden servir como supuestos analógicos. Por lo que se refiere a Montenegro, su independencia se llevó a cabo de acuerdo con el procedimiento de secesión que la propia la Constitución de 2003 preveía (Constitución de la Federación de Serbia y Montenegro). Estamos pues ante un proceso de secesión constitucionalizado y, en consecuencia, en absoluto equiparable al caso de Cataluña. En cuanto al referéndum de independencia de Escocia, su celebración fue re-

sultado de un proceso largo de negociación entre las autoridades escocesas y británicas, que arrojó como principal conclusión la no existencia de obstáculo constitucional para la celebración del referéndum. Además de que ese proceso de negociación no se ha producido entre las autoridades catalanas y estatales en España, nuestro Tribunal Supremo recalca en la sentencia las diferencias históricas y constitucionales entre Escocia y Cataluña, entre las que destaca la ausencia de una Constitución escrita en el Reino Unido. Por último, y respecto del caso de Kosovo, aun siendo cierto que la Corte Internacional de Justicia consideró ajustada al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia de Kosovo, estamos ante un caso *sui generis* por la conflictividad étnica y política que, como declaró el Consejo Europeo, no establece ningún tipo de precedente y que tampoco puede ser equiparable al caso catalán.

7.5. Los casos de la Región del Véneto y el Land de Baviera

Además de dismantelar jurídicamente los paralelismos trazados por las defensas entre los casos de Derecho comparado comentados y el de Cataluña, el Tribunal Supremo aprovecha para aludir a otros dos casos también de Derecho comparado que sí serían equiparables al caso catalán y que ponen de manifiesto que ni la celebración unilateral de un referéndum de autodeterminación ni la declaración unilateral de independencia son posibles en ordenamientos constitucionales como los de nuestro entorno jurídico y político más cercano.

Así, la sala trae a colación la Sentencia 118/2015 del Tribunal Constitucional italiano, que declaró inconstitucional una ley de la Asamblea Regional del Véneto para la promoción de un referéndum consultivo sobre la autodeterminación como república independiente de esta región de Italia. De los fundamentos de esta sentencia cabe destacar que el Tribunal Constitucional italiano considera erróneo «equiparar el referéndum con cualquier ejercicio espontáneo de la libertad de expresión del pensamiento de los ciudadanos», y llama la atención sobre el hecho de que todo referéndum, incluido el meramente consultivo, es «instrumento de conexión entre las personas y las instituciones representativas», cumpliendo la función de «iniciar, influir u oponerse a los procesos públicos de toma de decisiones, principalmente de naturaleza regulatoria». Asimismo, el Tribunal Constitucional italiano niega a los ciudadanos de la Región del Véneto la condición de sujeto soberano distinto al del resto de ciudadanos italianos: «el pluralismo y la autonomía no permiten que las regiones sean calificadas en términos de soberanía».

Por último, la sala también hace referencia a la resolución del Tribunal Constitucional alemán, de 16 de diciembre de 2016, inadmitiendo un recurso interpuesto por un ciudadano contra la negativa del gobierno del Land de Baviera para convocar un referéndum sobre la independencia de este land. Aquí, de entrada, queda claro el comportamiento acorde con la Constitución de las autoridades del land, precisamente al negarse a convocar un referéndum unilateral de autodeterminación. El Tribunal Constitucional declara en este caso que



la República Federal de Alemania es un estado-nación asentado en la soberanía del pueblo alemán, erigido en poder constituyente en el momento de elaborar y aprobar la Constitución. Por su parte, los Estados que conforman la federación «no son dueños de la Constitución» y, por tanto, no hay margen constitucional para que puedan separarse de la federación. Esa misma expresión «dueños de la Constitución» ya había sido utilizada por la Corte Constitucional de Baviera en 1991, cuando el Partido de Baviera reclamó el reconocimiento de la autonomía de Baviera, considerando que, tras la reunificación de Alemania, la Constitución de 1949 ya había terminado de cumplir su función como ley fundamental «provisional».