

Infracció constitucional o infracció penal? La necessitat d'independència entre acció política i acció judicial

Posició del grup de juristes de Cristianisme i Justícia davant el judici als líders independentistes

El Centre d'Estudis Cristianisme i Justícia en la seva missió de ser un espai de reflexió crítica davant les realitats d'injustícia del nostre món, i donada la seva ubicació a la ciutat de Barcelona, ha viscut i viu amb preocupació tant la situació política catalana com les seves derivades processals i penals. Aquesta realitat, no és aliena a un context global de crisi de la democràcia liberal. Així ho hem denunciat en recents articles i pronunciaments convençuts que no aconseguirem treballar i posar en el centre de les decisions polítiques les persones més vulnerables, si no som capaços de fer del diàleg, la negociació, el pacte i el reconeixement de drets, quelcom central en la nostra vida política.

Antecedents de reflexió del centre sobre l'actual situació política

Sumant-nos a la petició del Provincial de la Companyia de Jesús d'Espanya en el seu [comunicat del passat 1 de febrer](#) volem seguir treballant i aprofundint en una cultura de la reconciliació davant les fractures del nostre món. No renunciem a seguir sent buscadors de la veritat per poder aportar alguna llum a possibles sortides polítiques a l'actual conflicte territorial. Amb aquesta voluntat durant l'any 2018 es van dur a terme algunes iniciatives: un grup de diàleg entre persones de diferents llocs d'Espanya que van donar lloc a la publicació del document "[És possible renovar la convivència](#)"; la publicació d'un paper denunciant la utilització del dret penal com a instrument de persecució política: "[Populisme punitiu o la perillosa deriva del dret penal](#)" de Josetxo Ordóñez, i ja en un registre d'anàlisi polític la publicació del quadern virtual: "[Catalunya i Espanya: entre el reconeixement i la negociació](#)" de Josep F. Mària i Ramón Xifré. També en aquest moment un seminari de l'Àrea Social del Centre està duent a terme un treball de debat exhaustiu sobre diagnòsi i sortides polítiques a l'actual conflicte polític, que esperem pugui concloure en alguna publicació.

Dins d'aquest àmbit de treball, s'ha volgut constituir un grup de juristes format per membres del nostre equip que pugui fer un comentari de les implicacions jurídiques dels fets que es jutgen i el propòsit legal del judici que ha començat. El punt de partida d'aquest grup son els Drets Humans, d'acord amb la Declaració Universal dels quals cal interpretar les llibertats que la Constitució reconeix. El nostre ànim és fer una reflexió acurada que pugui ajudar a les persones que ens llegeixen a formar un criteri propi.

Qüestionaments que s'observen en l'actual procés judicial i en la justícia espanyola

Hi ha hagut un fenomen provocat pel procés de convocatòria i celebració del referèndum de l'1-O, així com pels esdeveniments del 20 i 21 de setembre de 2017, que sembla innegable: el creixent protagonisme social i polític dels tribunals de justícia. Aquest fenomen no és ni ha estat exclusiu d'Espanya i Catalunya ja que s'han descrit exemples de protagonisme judicial en diversos països del món. D'alguna manera s'ha convertit en un lloc comú parlar de *judicialització* dels conflictes polítics, judicialització que no pot deixar de traduir-se en *politització* dels conflictes judicials. Cal poder fer una crítica d'aquesta dinàmica de judicialització de la política tot respectant i reconeixent la importància dels òrgans jurisdiccionals, claus per a que la democràcia funcioni. L'objectiu d'aquestes consideracions no és

pas aquest, sinó donar algunes pistes sobre el que, ens sembla, cal tenir en compte a l'hora d'analitzar els fets que ja han tingut lloc, així com els que estan per venir. Davant el judici que ja ha començat creiem que hi ha quatre qüestions que cal abordar:

a) La diferent valoració d'uns mateixos fets segons l'òptica d'anàlisi sigui política, jurídic-constitucional o jurídic-penal

L'aprovació i execució de resolucions contra les previsions de l'ordenament jurídic i, en particular, de la seva norma suprema, la Constitució, com és el cas d'algunes per les quals se'ls acusa, és una vulneració de l'ordenament jurídic constitucional. Quan aquesta contradicció, a més, s'ha advertit amb caràcter previ pel Tribunal Constitucional, no es pot al·legar ignorància. Això no obstant, políticament, hi ha qui considera que el principi democràtic passa per davant i que ho justifica. Fins i tot els que així pensen, ens sembla que haurien d'admetre que la vulneració constitucional s'ha produït.

Ara bé, la responsabilitat penal per aquests fets, suposant que quedi provada la participació en els mateixos, no ho determina la Constitució, sinó, per mandat seu, el Codi Penal. Concretament, l'article 25.1 de la Constitució estableix que "ningú pot ser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delictes, (...) segons la legislació vigent en aquell moment". És el que s'anomena, tècnicament, principi de tipicitat penal.

No tota infracció constitucional té traducció en el Codi Penal. En aquest sentit, convocar o fer possible un "referèndum" vinculant de secessió o declarar la independència, totes dues activitats no permeses en el nostre ordenament jurídic i, per tant, accions clarament inconstitucionals, mereixeran una sanció penal només en la mesura que, amb caràcter previ, la norma penal així ho hagi establert. Això que se'n deriva de la Constitució, està en línia de continuïtat amb l'article 11.2 de la Declaració Universal de Drets Humans. Igualment, la pena corresponent dependrà del compliment del tipus penal.

b) Els òrgans competents per intervenir i, finalment, jutjar sobre conductes provisionalment qualificades de delictes

El dret a ser escoltat per un tribunal independent i imparcial, establert a l'article 10 de la Declaració Universal, inclou que aquest òrgan estigui identificat a priori a partir del que disposen les lleis vigents i no es constitueixi a mida, en funció dels fets o les persones a jutjar. Aquesta regla, que es considera una pràctica comú als Estats de Dret, la nostra Constitució l'incorpora en l'article 24.2.

L'òrgan judicial que ha acabat tramitant, instruint en terminologia processal, la causa que comentem ha estat el Tribunal Suprem. Ho ha fet a través d'un jutge delegat de la sala de lo penal, que és magistrat de la mateixa. En canvi, acusacions que recauen sobre altres persones, com ara l'anterior comandament en cap d'un cos de seguretat de l'Estat, la policia autonòmica de Catalunya, per fets que tenen lloc en un període temporal coincident, la causa ha estat assumida per l'Audiència Nacional.

Son nombrosos els juristes que consideren que aquesta atribució competencial no s'ajusta a les previsions del nostre ordenament que tenen en compte el lloc de comissió dels fets i, en el seu cas, els càrrecs que ocupaven els acusats en el moment de cometre'ls. I això és així perquè els

fets dels quals se'ls acusa no hi ha dubte que es van produir en el territori de Catalunya i, en el cas de persones amb càrrecs públics, el seu aforament que remet l'assumpte a un tribunal diferent del que correspondria a manca d'aquesta condició, els vincula amb el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

D'altra banda, l'atribució dels assumptes que s'han assumit per l'Audiència Nacional, és fruit d'interpretar que es tractaria de delictes contra la forma de govern, una categoria inexistente en el Codi penal vigent com assenyala el vot particular d'un dels seus magistrats¹.

Tots dos tribunals, Audiència Nacional i Tribunal Suprem, han argumentat el perquè entenen que, en aquests casos, ells són els competents; però no hi ha dubte que són decisions controvertides i que, per aquells juristes que les qüestionen, projecten una ombra sobre tot el procés seguit, entenen que s'ha vulnerat el dret constitucional al jutge predeterminat per la llei, abans esmentat. Això no obstant, amb independència de les accions processals que les defenses decideixin exercir al respecte, un cop confirmada la competència per tots dos tribunals, cal que se segueixi un judici amb totes les garanties.

c) Les mesures necessàries per assegurar que les persones a les que s'acusa compareguin davant de l'òrgan jurisdiccional

A partir del reconeixement, en la nostra Constitució, de la presumpció d'innocència (article 24. 2) com un dret fonamental de les persones, la presó provisional és una mesura excepcional que té cobertura legal en uns supòsits taxats que, fonamentalment, són el risc de fuga i el risc de destrucció de proves. Pel que fa al darrer, els fets que s'atribueix als acusats tenen, d'una banda, una àmplia constància a través de mitjans de comunicació audio-visual i, d'un altra, passats uns primers moments, que és pot discutir si eren més o menys dies, és difícil argüir que, d'estar lliures, tindrien capacitat d'influir per destruir o manipular alguna prova.

El risc de fuga, basat en que altres persones encausades van sortir del país ha estat la raó sostinguda en el temps per l'òrgan jurisdiccional competent per mantenir-los en presó. El caràcter personal de la mesura de presó provisional, atès que afecta a la llibertat i la presumpció d'innocència de l'afectat, permet qüestionar, com han fet nombrosos juristes², la congruència legal de la mesura aplicada a persones que han comparegut quan se'ls ha citat pels tribunals, en base a accions no pròpies sinó de tercers.

La llei (article 502.2 Llei d'Enjudiciament Criminal) estableix que "només s'ha d'adoptar quan objectivament sigui necessària (...) i no hi hagi altres mesures menys carregoses per al dret a la llibertat per mitjà de les quals es puguin assolir les mateixes finalitats que amb la presó

¹ [Voto particular que efectua el magistrado Jose Ricardo de Prada Solaesa](#) en relación con el auto fechado 6 de noviembre de 2017 de la sección segunda de la sala de lo penal de la audiencia nacional, que resuelve los recursos de apelación formulados por los srs. Jordi Cuixart Navarro y de Jordi Sánchez Picanyol contra el auto desestimatorio de declinatoria de jurisdicción (RAA 463 y 466/2017).

I també "La Comisión de Defensa del Colegio de Abogados de Barcelona critica que la denuncia de la Fiscalía por sedición se presentó "fuera de la normalidad": https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Abogados-denuncian-investigacion-independentista-manifestaciones_0_691181692.html

² Entrevista a Javier Álvarez, catedrático de Derecho penal. Actualmente en la Universidad Carlos III de Madrid. Promotor del manifiesto de catedráticos y profesores de Derecho penal en contra la banalización de los delitos de rebelión y sedición. https://www.eldiario.es/politica/dirigentes-independentistas-barbaridades-conducta-rebelion_0_707980198.html

provisional". Atesa la voluntat inequívoca del precepte, creiem que hi havia altres mitjans, vigilància amb dispositius electrònics combinada amb vigilància policial per exemple, per assegurar el compliment de la finalitat instrumental perseguida, això és la presència a l'hora del Judici; tenint en compte els efectes i l'alt cost des del punt de vista humà sobre els acusats i les seves famílies.

d) Els elements determinants a considerar en els tipus de rebel·lió i de sedició, que s'imputen a diferents acusats en aquest procés.

La rebel·lió requereix un alçament violent per enderrocar els poders constituïts o declarar la independència. La sedició un alçament tumultuós per impedir l'aplicació de la llei. És obvi que en els tipus penals, les paraules no son intercanviables i, així mateix, és una regla centenària del dret penal, que l'analogia no hi té cabuda.

Així les coses, en el judici oral les acusacions hauran de provar que la violència o l'alçament, s'han produït. Als acusats no els és imputable la que se'n pugui derivar de la compulsió sobre les persones aplicada per una força de seguretat, per fer complir una resolució davant la resistència passiva d'una multitud de ciutadans. Tampoc ho és la que, individualment, un o diversos d'aquests ciutadans, han pogut emprar en un moment determinat, sinó que cal que s'hagi programat pels acusats.

L'alçament, si bé no requereix que es realitzin o promoguin actes de violència inequívoca, ha de consistir en una mobilització disposada a utilitzar la força si calgués. Novament, això, en un procés penal, cal provar-ho. És per això que més de cent vint catedràtics i professors de Dret penal de tota Espanya han qüestionat les qualificacions de rebel·lió i sedició.^{3,4}

La pretensió de canviar el marc constitucional sense seguir-ne els procediments, acusació que sembla difícil de negar, no té les mateixes conseqüències penals si es pretén amb violència o sense. Esbrinar quina ha estat aquesta pretensió, hauria de ser el punt clau del judici oral.

El delictes de rebel·lió implica penes de 15 a 25 anys; el de sedició les comporta de 8 a 10 anys, que s'eleva en el cas d'autoritats a 10 i 15 anys. Es tracta doncs d'accions severament castigades, atesa la gravetat intrínseca de la seva comissió. Com, novament, han posat de manifest destacats juristes, no es fa creditor d'elles aquell que convoca manifestacions il·lícites amb la voluntat d'alterar l'ordre constitucional, ja sigui recolzant un "referèndum" inconstitucional o/i declarant unilateralment la independència. Aquestes darreres son conductes contràries a les determinacions constitucionals que poden merèixer la censura penal cas que estiguin tipificades; però el seu tipus no es el de rebel·lió ni el de sedició.⁵

³ "La banalización de los delitos de rebelión y sedición" Más de 120 catedráticos y profesores de derecho rechazan las acusaciones de rebelión y sedición en el caso 'procés'. 21-11-2018 https://www.eldiario.es/tribunaabierta/banalizacion-delitos-rebelion-sedicion_6_838226207.html

⁴ "El expresidente Constitucional Pascual Sala no ve los delitos de rebelión y sedición en la causa del 'procés' 16-10-2018. https://www.eldiario.es/catalunya/politica/expresidente-Constitucional-Pascual-Sala-rebelion_0_825567723.html

⁵ Així se'n deriva del Codi Penal en el seu article 514.5, conducta diferent a la de rebel·lió i sedició i que suposa una pena d'entre sis mesos i un any de presó. Veure "Alzamiento, sedición y rebelión" (01-11-2017) de Miguel Pasquau Liaño <https://cxtx.es/es/20171101/Firmas/15943/sedicion-rebelion-codigo-penal-pasquau-cxtx-alzamiento-referendum-jordis.htm>

A mode de reflexió sobre el dret penal

En l'ordre jurídic-penal, la gravetat es mesura més per l'ús dels mitjans que només per l'entitat dels fins. I, entre tots els mitjans, el més greu és la violència. Per sustentar una acusació penal, en comptes d'atribuir violència greu als mitjans utilitzats, s'ha atribuït violència greu als fins perseguits. Aquesta és la raó de fons que permet als tribunals mantenir la mesura cautelar de presó provisional als més coneguts encausats. I, per contra, el qüestionament profund sobre l'ús i abús de la violència és el que permet criticar la presó provisional i qualificar-la d'«injustificable» (com afirma Amnistia Internacional en el cas de Jordi Cuixart i Jordi Sánchez⁶) i denegar les peticions d'extradició de les euroordres pels tribunals de Bèlgica i Alemanya. Si la violència ha d'estar en els mitjans, com busca el Dret penal, és més que perillós buscar-la en les finalitats, sobretot quan aquestes finalitats són polítiques.

És el Dret constitucional (no el penal) el que s'ha de plantejar finalitats a l'esfera política. Segurament la convocatòria i la celebració del referèndum de l'1-O van comportar més d'una infracció de l'ordre constitucional espanyol. Però, tota infracció constitucional ha de ser, necessàriament i al seu torn, una infracció penal? Posem seriosament en dubte una resposta afirmativa, no solament perquè en el dret positiu no existeix tal equivalència, sinó perquè la raó per la qual el dret no castiga penalment totes i cadascuna de les infraccions constitucionals és precisament per establir una independència clara entre acció política i acció judicial.

Què seria desitjable?

Creiem que la situació generada pel protagonisme social i polític dels tribunals en el present cas ha tingut conseqüències que afecten la justícia com a sistema de gestió de drets i llibertats. La credibilitat, el prestigi i la neutralitat política d'aquest sistema en el seu conjunt són essencials per a la democràcia, per la protecció i garantia dels drets fonamentals i les llibertats públiques, així com per la convivència social, al servei de la qual existeix el Dret.

En aquest sentit, podria ser bo reflexionar, de futur, sobre el sentit i configuració de l'exercici de l'acció popular en processos on es defensen béns públics. L'acusació pública té l'encàrrec de promoure l'acció de la Justícia. Per tant, assumint que els seus titulars, a nivell personal, com també els jutges, tenen conviccions polítiques, se'ls pressuposa i els hi és exigible la capacitat d'exercir la seva funció sense forçar la interpretació de les lleis fins desvirtuar-ne la seva essència per tal que coincideixi amb els seus apriorismes ideològics. L'advocacia de l'Estat té l'encàrrec de defensar l'Administració que, constitucionalment, ha de servir amb objectivitat l'interès general amb subjecció estricta a la llei i al Dret, la qual cosa, novament, delimita els marges d'interpretació. Totes aquestes garanties de neutralitat política, poden fàcilment desaparèixer amb la intervenció com a acusació popular de partits polítics, com passa en aquest cas, o d'altres organitzacions de base associativa definides per una ideologia política.

En definitiva, cal esperar que a la vista de les proves practicades durant el judici oral, el Tribunal dictarà una sentència fonamentada en els fets provats i el Dret vigent en el moment que es van produir.

Sigui quin sigui el contingut de la sentència, no resoldrà el conflicte polític subjacent doncs la intervenció dels tribunals penals no té aquesta finalitat. Seria enganyar-se, però, negar que ho pot fer més fàcil o

⁶ "Amnistia Internacional reitera su petición de libertad inmediata para "los Jordis" un año después de su ingreso en prisión" (15-10-2018) <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-reitera-su-peticion-de-libertad-inmediata-para-los-jordis-un-ano-des/>

més difícil. En qualsevol cas, serà el moment de tornar a la Política amb majúscules, on els representants que surtin de les eleccions de 28 d'abril tindran molt a dir, raó de més per seguir les seves propostes i meditar-ne bé el vot; però això excedeix del propòsit i del temps d'aquest comentari.

Grup de juristes de Cristianisme i Justícia

25 de febrer de 2019