

## ¿Infracción constitucional o infracción penal? La necesidad de independencia entre acción política y acción judicial

### Posición del grupo de juristas de Cristianismo y Justicia ante el juicio a los líderes independentistas

El Centro de Estudios Cristianismo y Justicia en su misión de ser un espacio de reflexión crítica ante las realidades de injusticia de nuestro mundo, y dada su ubicación en la ciudad de Barcelona, ha vivido y vive con preocupación tanto la situación política catalana como sus derivadas procesales y penales. Esta realidad, no es ajena a un contexto global de crisis de la democracia liberal. Así lo hemos denunciado en recientes artículos y pronunciamientos convencidos de que no conseguiremos trabajar y poner en el centro de las decisiones políticas las personas más vulnerables, si no somos capaces de hacer del diálogo, la negociación, el pacto y el reconocimiento de derechos, algo central en nuestra vida política.

#### Antecedentes de reflexión del Centro sobre la actual situación política

Sumándonos a la petición del Provincial de la Compañía de Jesús de España en su [comunicado del pasado 1 de febrero](#) queremos seguir trabajando y profundizando en una cultura de la reconciliación ante las fracturas de nuestro mundo. No renunciamos a seguir siendo buscadores de la verdad para poder aportar alguna luz a posibles salidas políticas al actual conflicto territorial. Con esta voluntad durante el año 2018 se llevaron a cabo algunas iniciativas: un grupo de diálogo entre personas de diferentes lugares de España dio lugar a la publicación del documento "[Es posible renovar la convivencia](#)"; la publicación de un *Papel* denunciando la utilización del derecho penal para la persecución política: "[Populismo punitivo o la peligrosa deriva del derecho penal](#)" de Josetxo Ordóñez, y ya en un registro de análisis político la publicación del cuaderno virtual: "[Catalunya y España: entre el reconocimiento y la negociación](#)" de Josep F. Mària y Ramón Xifré. También en este momento un seminario del Área Social del centro está llevando a cabo un trabajo de debate exhaustivo sobre diagnóstico y salidas políticas al actual conflicto político, que esperamos pueda concluir con alguna publicación.

Dentro de este ámbito de trabajo, se ha querido constituir un grupo de juristas formado por miembros de nuestro equipo que pueda hacer un comentario de las implicaciones jurídicas de los hechos que se juzgan y el propósito legal del juicio que ha comenzado. El punto de partida de este grupo son los Derechos Humanos, de acuerdo con su Declaración Universal y las libertades que la Constitución reconoce. Nuestro ánimo es hacer una reflexión cuidadosa que pueda ayudar a las personas que nos leen a formar un criterio propio.

#### Cuestiones que observamos en el actual proceso judicial y en la justicia española

Ha habido un fenómeno provocado por el proceso de convocatoria y celebración del referéndum del 1-O, así como por los acontecimientos del 20 y 21 de septiembre de 2017, que parece innegable: el creciente protagonismo social y político de los tribunales de justicia. Este fenómeno no es, ni ha sido, exclusivo de España y Cataluña ya que se han descrito ejemplos de protagonismo judicial en varios países del mundo. De alguna manera se ha convertido en un lugar común hablar de *judicialización* de los conflictos políticos, judicialización que no puede dejar de traducirse en *politicización* de los conflictos judiciales. Hay que poder hacer una crítica de esta dinámica de judicialización de la política respetando y reconociendo

la importancia de los órganos jurisdiccionales, claves para que la democracia funcione. El objetivo de estas consideraciones no es este, sino ofrecer algunas pistas sobre lo que, nos parece, hay que tener en cuenta a la hora de analizar los hechos que ya han tenido lugar, así como los que están por venir. Ante el juicio que ya ha comenzado creemos que hay cuatro cuestiones que se deberían abordar:

*a) La diferente valoración de unos mismos hechos si la óptica de análisis es política, jurídico-constitucional o jurídico-penal*

La aprobación y ejecución de resoluciones contra las previsiones del ordenamiento jurídico y, en particular, de su norma suprema, la Constitución, como es el caso de algunas por las que se acusa, es una vulneración del ordenamiento jurídico constitucional. Cuando esta contradicción, además, se ha advertido con carácter previo por el Tribunal Constitucional, no se puede alegar ignorancia. Sin embargo, políticamente, hay quien considera que el principio democrático pasa por delante y lo justifica. Nos parece que, incluso los que así piensan, deberían admitir que la vulneración constitucional se ha producido.

Ahora bien, la responsabilidad penal por estos hechos, suponiendo que quede probada la participación en los mismos, no lo determina la Constitución, sino, por mandato suyo, el Código Penal. Concretamente, el artículo 25.1 de la Constitución establece que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, (...) según la legislación vigente en ese momento". Es lo que se llama, técnicamente, principio de tipicidad penal.

No toda infracción constitucional tiene traducción en el Código Penal. En este sentido, convocar o hacer posible un "referéndum" vinculante de secesión o declarar la independencia, ambas actividades no permitidas en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, acciones claramente inconstitucionales, merecerán una sanción penal sólo en la medida en que, con carácter previo, la norma penal así lo haya establecido. Esto que se deriva de la Constitución, está en línea de continuidad con el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Igualmente, la pena correspondiente dependerá del cumplimiento del tipo penal.

*b) Los órganos competentes para intervenir y, finalmente, juzgar sobre conductas provisionalmente calificadas de delitos*

El derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, establecido en el artículo 10 de la Declaración Universal, incluye que este órgano esté identificado a priori a partir de lo dispuesto en las leyes vigentes y no se constituya ad hoc, en función de los hechos o las personas a juzgar. Esta regla, que se considera una práctica común en los Estados de Derecho, nuestra Constitución la incorpora en el artículo 24.2.

El órgano judicial que ha acabado tramitando, instruyendo en terminología procesal, la causa que comentamos ha sido el Tribunal Supremo. Lo ha hecho a través de un juez delegado de la sala de lo penal, que es magistrado de la misma. En acusaciones que recaen sobre otras personas, como el anterior mando en jefe de un cuerpo de seguridad del Estado, la policía autonómica de Cataluña, por hechos que tienen lugar en un periodo temporal coincidente, la causa ha sido asumida por la Audiencia Nacional.

Son numerosos los juristas que consideran que esta atribución competencial no se ajusta a las previsiones de nuestro ordenamiento que tienen en cuenta el lugar de comisión de los hechos y, en su caso, los cargos que ocupaban los acusados en el momento de cometerse. Y esto es así porque los hechos de los que se les acusa no hay duda de que se produjeron en el territorio de Cataluña y, en el caso de personas con cargos públicos, su aforamiento que remite el asunto a un tribunal distinto del que correspondería a falta de esta condición, los vincula con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Por otra parte, la atribución de los asuntos que se han asumido por la Audiencia Nacional es fruto de interpretar que estaríamos ante delitos contra la forma de gobierno, una categoría inexistente en el Código Penal como señalaba el voto particular de uno de sus magistrados<sup>1</sup>.

Ambos tribunales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, han argumentado el porqué entienden que, en estos casos, ellos son los competentes; pero no hay duda de que son decisiones controvertidas y que, para aquellos juristas que las cuestionan, proyectan una sombra sobre todo el proceso seguido, entendiéndose que se ha vulnerado el derecho constitucional al juez predeterminado por la ley, antes mencionado. No obstante, con independencia de las acciones procesales que las defensas decidan ejercer al respecto, una vez confirmada la competencia para ambos tribunales, es necesario que se siga un juicio con todas las garantías.

*c) Las medidas necesarias para asegurar que las personas a las que se acusa comparezcan ante el órgano jurisdiccional*

A partir del reconocimiento, en nuestra Constitución, de la presunción de inocencia (artículo 24. 2) como un derecho fundamental de las personas, la prisión provisional es una medida excepcional que tiene cobertura legal en unos supuestos tasados que, fundamentalmente, son el riesgo de fuga y el riesgo de destrucción de pruebas. Con respecto al último, los hechos que se atribuye a los acusados tienen, por un lado, una amplia constancia a través de medios de comunicación audiovisual. Por otro lado, pasados unos primeros momentos que se puede discutir si eran más o menos días, es difícil argüir que, de estar libres, tendrían capacidad de influir para destruir o manipular alguna prueba.

El riesgo de fuga, basado en que otras personas encausadas salieron del país ha sido la razón sostenida en el tiempo por el órgano jurisdiccional competente para mantenerlos en prisión. El carácter personal de la medida de prisión provisional, dado que afecta a la libertad y la presunción de inocencia del afectado, permite cuestionar, como han hecho numerosos juristas<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> [Voto particular que efectúa el magistrado José 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).

En el mismo sentido "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](https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Abogados-denuncian-investigacion-independentista-manifestaciones_0_691181692.html)

<sup>2</sup> 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](https://www.eldiario.es/politica/dirigentes-independentistas-barbaridades-conducta-rebelion_0_707980198.html)

la congruencia legal de la medida aplicada a personas que han comparecido cuando se les ha citado por los tribunales, en base a acciones no propias sino de terceros.

La ley (artículo 502.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal) establece que "sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria (, ...) y no haya otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad por medio de las cuales se puedan alcanzar los mismos fines que con la prisión provisional". Dada la voluntad inequívoca del precepto, creemos que había otros medios, vigilancia con dispositivos electrónicos combinada con vigilancia policial, por ejemplo, para asegurar el cumplimiento de la finalidad instrumental perseguida, esto es la presencia en la hora del juicio oral; teniendo en cuenta los efectos y el alto coste desde el punto de vista humano sobre los acusados y sus familias.

*d) Los elementos determinantes a considerar en los tipos de rebelión y de sedición, que se imputan a diferentes acusados en este proceso*

La rebelión requiere un levantamiento violento para derribar los poderes constituidos o declarar la independencia. La sedición un alzamiento tumultuoso para impedir la aplicación de la ley. Es obvio que, en los tipos penales, las palabras no son intercambiables y, asimismo, es una regla centenaria del derecho penal que la analogía no tiene cabida.

Así las cosas, en el juicio oral las acusaciones deberán probar que la violencia y el alzamiento, se han producido. A los acusados no les es imputable la que se pueda derivar de la compulsión sobre las personas aplicada por un cuerpo de seguridad, para hacer cumplir una resolución ante la resistencia pasiva de una multitud de ciudadanos. Tampoco lo es la que, individualmente, uno o varios de estos ciudadanos, han podido emplear en un momento determinado, sino que es necesario que se haya programado por los acusados.

El alzamiento, si bien no requiere que se realicen o promuevan actos de violencia inequívoca, debe consistir en una movilización dispuesta a utilizar la fuerza si fuera necesario. Nuevamente, esto, en un proceso penal, hay que probarlo. Es por ello por lo que más de ciento veinte catedráticos y profesores de Derecho penal de toda España han cuestionado las calificaciones de rebelión y sedición.<sup>3,4</sup>

La pretensión de cambiar el marco constitucional sin seguir los procedimientos establecidos, acusación que parece difícil de negar, no tiene las mismas consecuencias penales si se pretende con violencia o sin ella. Averiguar cuál ha sido esta pretensión, debería ser el punto clave del juicio oral.

El delito de rebelión implica penas de 15 a 25 años; el de sedición las comporta de 8 a 10 años, que se elevan en el caso de autoridades en 10 y 15 años. Se trata pues de acciones severamente castigadas, dada la gravedad intrínseca de su comisión. Como, de nuevo, han puesto de manifiesto destacados juristas, no se hace acreedor de ellas aquel que convoca

---

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](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](https://www.eldiario.es/catalunya/politica/expresidente-Constitucional-Pascual-Sala-rebelion_0_825567723.html)

manifestaciones ilícitas con la voluntad de alterar el orden constitucional, ya sea apoyando un "referéndum" inconstitucional o/y declarando unilateralmente la independencia. Estas últimas son conductas contrarias a las determinaciones constitucionales que pueden merecer la censura penal caso de que estén tipificadas; pero su tipo no es el de rebelión ni el de sedición.<sup>5</sup>

### **A modo de reflexión sobre el derecho penal.**

En el orden jurídico-penal, la gravedad se mide más por el uso de los medios que sólo por la entidad de los fines. Y, entre todos los medios, el más grave es la violencia. Para sustentar una acusación penal, en vez de atribuir violencia grave a los medios utilizados, se ha atribuido violencia grave a los fines perseguidos. Esta es la razón de fondo que permite a los tribunales mantener la medida cautelar de prisión provisional a los más conocidos encausados. Y, por el contrario, el cuestionamiento profundo sobre el uso y abuso de la violencia es lo que permite criticar la prisión provisional y calificarla de «injustificable» (como afirma Amnistía Internacional en el caso de Jordi Cuixart y Jordi Sánchez<sup>6</sup>) y denegar las peticiones de extradición de las euroórdenes por los tribunales de Bélgica y Alemania. Si la violencia debe estar en los medios, como busca el Derecho penal, es más que peligroso buscarla en los fines, sobre todo cuando estos fines son políticos.

Es el Derecho constitucional (no el penal) el que debe plantearse fines en la esfera política. Seguramente la convocatoria y la celebración del referéndum del 1-O comportaron más de una infracción del orden constitucional español. Pero ¿toda infracción constitucional debe ser, necesariamente ya su vez, una infracción penal? Ponemos seriamente en duda una respuesta afirmativa, no sólo porque en el derecho positivo no existe tal equivalencia, sino porque la razón por la que el derecho no castiga penalmente todas y cada una de las infracciones constitucionales es precisamente para establecer una independencia clara entre acción política y acción judicial.

### **¿Qué sería deseable?**

Creemos que la situación generada por el protagonismo social y político de los tribunales en el presente caso ha tenido consecuencias que afectan a la justicia como sistema de gestión de derechos y libertades. La credibilidad, el prestigio y la neutralidad política de este sistema en su conjunto son esenciales para la democracia, para la protección y garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como para la convivencia social, al servicio de la cual existe el Derecho.

En este sentido, podría ser bueno reflexionar, de futuro, sobre el sentido y configuración del ejercicio de la acción popular en procesos donde se defienden bienes públicos. La acusación pública tiene el encargo de promover la acción de la Justicia. Por lo tanto, asumiendo que sus titulares, a nivel personal, como los jueces, tienen convicciones políticas, se les presupone y les es exigible la capacidad de ejercer su función sin forzar la interpretación de las leyes hasta desvirtuar su esencia para que coincida con sus apriorismos ideológicos. La abogacía del Estado tiene el encargo de defender a la Administración que, constitucionalmente, debe servir con objetividad al interés general con sujeción estricta a la ley y al

---

5 Así se deriva del Código penal en su artículo 514.5, conducta diferente a la de rebelión y sedición y que supone una pena de entre seis meses y un año de prisión. Véase "Alzamiento, sedición y rebelión" (01-11-2017) de Miguel Pasquau Liaño <https://ctxt.es/es/20171101/Firmas/15943/sedicion-rebelion-codigo-penal-pasquau-ctxt-alzamiento-referendum-jordis.htm>

6 "Amnistía 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/>

Derecho, lo que, nuevamente, delimita los márgenes de interpretación. Todas estas garantías de neutralidad política pueden fácilmente desaparecer con la intervención como acusación popular de partidos políticos, como ocurre en este caso, o de otras organizaciones de base asociativa definidas por una ideología política.

En definitiva, cabe esperar que, a la vista de las pruebas practicadas durante el juicio oral, el Tribunal dictará sentencia fundamentada en los hechos probados y el Derecho vigente en el momento que se produjeron.

Sea cual sea el contenido de la sentencia, no resolverá el conflicto político subyacente pues la intervención de los tribunales penales no tiene esta finalidad. Sería engañarse negar que lo puede hacer más fácil o más difícil. En cualquier caso, será el momento de volver a la Política con mayúsculas, donde los representantes que salgan de las elecciones de 28 de abril tendrán mucho que decir, razón de más para analizar con atención sus propuestas y meditar bien el voto; pero esto excede del propósito y del tiempo de este comentario.

Grupo de juristas de Cristianismo y Justicia  
25 de febrero de 2019