



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Una Valoración Crítica de la STS
(Sala de lo Penal) 459/2019 sobre
Sedición de ciertos Líderes Políticos
de Cataluña. Contraste con la
Jurisprudencia del TEDH.

Presentado por:

Beatriz Sevilla López

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 2 de julio de 2020

RESUMEN.

A lo largo de estas páginas se analiza de forma crítica la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 459/2019 sobre sedición de ciertos líderes políticos en Cataluña. Se realiza una síntesis sobre los hechos que acontecieron, las alegaciones de las defensas sobre vulneración de derechos fundamentales y el fallo del tribunal donde se prevén los delitos y las penas.

Además, se lleva a cabo un estudio detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y se compara con las conclusiones de la sentencia 459/2019.

Para finalizar, se han confeccionado unas breves conclusiones sobre cuál podría ser el futuro fallo del Tribunal de Estrasburgo si finalmente la defensa de los procesados interpone recurso ante este órgano.

ABSTRACT.

Though this pages judgement from the Spanish Supreme Court number 459/2019 about insurrection of some political leaders in Cataluña is analysed from a critical point of view. It is conduct a summary about the occurred facts, the arguments stated by the defences about violation of fundamental rights and the tribunal decision including crimes and punishments.

Moreover, it is carry out a detailed study of the European Court of Human Rights precedents related with article 6 of the European Convention of Human Rights and compared it with the tribunal decision in judgement 459/2019.

To end, some brief conclusions are achieved in order to explain which will be the future Strasbourg Tribunal's decision if finally, the prosecutes defence decide to bring an appeal before this institution.

PALABRAS CLAVE.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Supremo, Constitución Española, Tribunal Constitucional, proceso independentista, derechos fundamentales, vulneración, jurisprudencia, sentencia, juez imparcial, juez legal, igualdad de armas, proceso contradictorio, presunción de inocencia, doble instancia penal, tutela judicial efectiva, equidad.

KEY WORDS.

European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, Supreme Court, Spanish Constitution, Constitutional Court, independence process, fundamental rights, violation, jurisprudence, sentence, impartial judge, legal judge, equality of arms, contradictory process, presumption of innocence, double penal instance, effective judicial protection, equity.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. SÍNTESIS.....	6
2.1. Hechos probados.....	6
2.2. Valoración jurídica.....	11
2.2.1. <i>Vulneración de derechos</i>	12
2.2.1.1. <i>Derecho a utilizar la lengua catalana en el proceso</i>	12
2.2.1.2. <i>Derecho al juez predeterminado por la ley</i>	14
2.2.1.3. <i>Derecho a la doble instancia</i>	17
2.2.1.4. <i>Derecho al juez imparcial</i>	18
2.2.1.5. <i>Otros derechos</i>	21
2.2.1.6. <i>Vulneraciones de derechos durante el desarrollo del juicio oral</i>	24
2.2.2. <i>Causas de exclusión de la antijuridicidad</i>	26
2.3. Tipos penales.....	28
3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO Y LA SENTENCIA DEL PROCÉS.....	33
3.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	34
3.2. Comparación a la vista del artículo 6 del CEDH.....	35
3.2.1. <i>Exigencias orgánicas</i>	36
3.2.1.1. <i>El derecho al juez imparcial</i>	36
3.2.1.2. <i>El derecho al juez predeterminado por la ley</i>	41
3.2.2. <i>Exigencias procesales genéricas</i>	43
3.2.2.1. <i>El principio de contradicción e igualdad de armas</i>	43
3.2.3. <i>Exigencias propias del proceso penal</i>	46
3.2.3.1. <i>El derecho a la presunción de inocencia</i>	46
3.2.3.2. <i>El derecho de defensa</i>	49
3.2.3.3. <i>Del derecho a la doble jurisdicción</i>	54
4. CONCLUSIÓN AL JUICIO DE CONTRASTES.....	55
4.1. Artículo 6.1 del CEDH.....	56
4.2. Artículo 6.2 del CEDH.....	59

4.3.	Artículo 6.3 del CEDH.....	60
4.4.	Artículo 2 del Protocolo Adicional 7 del CEDH.....	61

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva eminentemente crítica, uno de los asuntos más controvertidos de nuestro país, el juicio del ‘procés’. El pasado 14 de octubre de 2019 vio la luz la sentencia que va a ser examinada a lo largo de este trabajo, STS 459/2019, tras cuatro meses de interrogatorios a casi 430 testigos y más de cincuenta sesiones.

El hecho nacionalista catalán se remonta a importantes raíces históricas, aunque por motivos ajenos a la voluntad soberanista. Sin embargo, recientemente se ha extendido el sentimiento independentista catalán. A lo que nuestro trabajo interesa, vamos a centrarnos en el ‘procés’ soberanista a partir de 2006 cuando surgen las primeras movilizaciones independentistas impulsadas por el lema ‘som una nació i tenim el dret de decidir’. Durante los siguientes años, el nacionalismo catalán se comienza a convertir en independentismo y el pueblo catalán se alzaría en varias ocasiones por conseguir la soberanía. No obstante, no es hasta el año 2012 cuando el proceso de independencia toma más fuerza.

En el año 2014, y tras varios avisos por parte del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de los actos que se estaban llevando a cabo, se realiza una consulta bajo el título de ‘Consulta sobre el futuro político de Cataluña’. El 25 de febrero de 2015 la consulta fue declarada inconstitucional y sus promotores fueron llamados a juicio por desobediencia, entre ellos, Artur Mas. Ese mismo año, se convocan elecciones autonómicas anticipadas con carácter plebiscitario, pues en caso de ganar los partidos independentistas, ésta sería declarada en 18 meses. Lo que sigue después ha sido objeto de un minucioso y detallado examen en este trabajo.

En la actualidad y tras la sentencia del ‘procés’, sus promotores fueron condenados por delito de sedición. No obstante, los condenados ya han presentado recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de derechos fundamentales, todos han sido admitidos a trámite, a excepción de los recursos del líder de ERC, Oriol Junqueras, y del exconseller Raül Romeva.

Si tras pasar por el Constitucional, continúa la disconformidad por parte de los recurrentes, la vía siguiente para intentar una satisfacción de sus pretensiones es acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El recurso ante Estrasburgo deberá contener alguna

vulneración de derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹

En este trabajo se abordará un estudio crítico de la sentencia 459/2019. Primero a través de una síntesis, donde nos centraremos principalmente en la vulneración de derechos fundamentales que alegan las defensas, y posteriormente, se realizará un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación al artículo 6 del CEDH, cuya vulneración se invoca en reiteradas ocasiones a lo largo del ‘proceso’. Paralelamente al estudio de la jurisprudencia del TEDH, ésta será comparada con las conclusiones del Tribunal Supremo en la sentencia 459/2019. Finalmente, se simulará un posible fallo del Tribunal de Estrasburgo si llegase a presentarse un recurso ante éste órgano.

2. SÍNTESIS

2.1. Hechos probados

Para comprender y estudiar con detalle esta controvertida Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 459/2019 de 14 de octubre de 2019, recaída en causa seguida contra los independentistas catalanes Oriol Junqueras, Raúl Romeva, Carme Forcadell y otros, por los delitos de rebelión, sedición, malversación, desobediencia, y pertenencia a organización criminal, debemos comenzar por el principio de todo y para ello remontarnos a los hechos probados que precedieron al 1 de octubre de 2017, así como a los que acontecieron después.

El 8 de septiembre de 2017, se publica la Ley del Parlament de Cataluña 20/2017, 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Esta norma incluía proclamaciones unilaterales de ruptura con el sistema constitucional vigente. Se presentaba como la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán, hasta que fuera aprobada la Constitución de la nueva República. Cataluña se proclamaba como una República de derecho, democrática y social, en la que la soberanía reside en el pueblo catalán y en Arán, en el pueblo aranés. Además, entre otras novedades, se declaraba abolida la monarquía constitucional y convertía al Presidente de la República en el jefe del Estado catalán. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se transformaría en el Tribunal Supremo de este ‘nuevo estado’.

¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. El nombre oficial de la Convención es “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Por otro lado, se atribuía al Parlament, a propuesta del Gobierno de la Generalitat, una vez oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el nombramiento del Fiscal General de Cataluña.

Se modificaba el régimen jurídico de la nacionalidad de los residentes en Cataluña, redefinía los límites territoriales que habrían de ser abarcados por el nuevo Estado y regulaba la sucesión del Estado catalán en la titularidad de todos los bienes y derechos del Estado español en Cataluña. Se preveía además un régimen de integración del personal de las administraciones públicas que hasta entonces había prestado su servicio en las administraciones central y autonómica y se convertía la Generalitat en la autoridad fiscal llamada a la fijación, recaudación y gestión de todos los tributos e ingresos públicos y en autoridad aduanera y arancelaria.

Dos días antes, el 6 de septiembre de 2017, se publica la Ley 19/2017 reguladora del llamado referéndum de autodeterminación. En el preámbulo de dicha ley se expresaba que en su aprobación confluían legitimidad histórica y tradición jurídica e institucional del pueblo catalán, con el complemento del derecho de autodeterminación de los pueblos consagrado por la legislación y la jurisprudencia internacionales. El acto de aprobación de la ley se consideraba en el preámbulo como un ‘acto de soberanía’. En la misma ley se indicaba que si en el recuento de los votos válidamente emitidos llegara a haber más votos afirmativos que negativos, el resultado implicaría la independencia de Cataluña.

El 1 de octubre de 2017 los ciudadanos de Cataluña son llamados a votar. La pregunta que se incluía en las papeletas del referéndum era la siguiente: *‘¿quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de república?’*. El resultado sería vinculante y si había más votos afirmativos que negativos, se produciría *ope legis* la independencia de Cataluña. El Gobierno de la Generalitat hizo público, al término de la votación, que, de un total de 5.500.000 personas con derecho a voto, votaron 2.286.217, de las cuales 2.044.058 votaron sí; cifra que representaba el 37% del censo electoral y el 27% de la población de Cataluña.

No pudo constituirse previamente un censo electoral y se resolvió el problema aplicando el sencillo expediente de que cualquier ciudadano pudiera votar en el centro de votación que eligiera. La sentencia proclama que hubo falta de garantías de autenticidad en el censo electoral. A ello se añade que, las mesas electorales se constituyeron con los ciudadanos que acudieron más temprano al centro de votación.

Tres días después de la celebración del referéndum, la Junta Electoral Central declaró que: ‘No ha tenido lugar ningún proceso que pueda ser considerado como referéndum en ninguna

de las modalidades previstas en el ordenamiento jurídico'. Ni por el sujeto que lo convocó, ni por la forma en que se hizo vulnerando resoluciones firmes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ni por su objeto inconstitucional, ni por la notoria ausencia de toda garantía de objetividad y transparencia. Concluyó diciendo que carecen de todo valor los resultados.

A pesar de las declaraciones de la Junta Electoral Central, el 10 de octubre de 2017, el President de la Generalitat comparece ante el pleno del Parlament e inmediatamente después de manifestar que acataba el mandato del pueblo de Cataluña para convertirla en un Estado independiente en forma de república, afirmaba que se suspendían los efectos de la declaración de independencia para emprender un diálogo y llegar a una solución.

Tras el discurso, los diputados de los grupos parlamentarios Junts pel Sí y la CUP-CC firmaron una declaración de independencia en la que acordaban constituir la República catalana como estado independiente y soberano; disponer la entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República; iniciar un proceso constituyente; declarar su voluntad de abrir negociaciones con el Estado español en pie de igualdad; comunicar a la comunidad internacional todo lo anterior apelando a todos los Estados a reconocer la República catalana como Estado independiente y soberano; e instar al Gobierno de la Generalitat a adoptar las medidas necesarias para hacer posible la plena efectividad de la declaración de independencia; finalmente llamaba a todos los ciudadanos a construir un Estado 'que traduzca en acción y conducta las aspiraciones colectivas'.

El 27 de octubre de 2017, cuatro parlamentarios de los grupos Junts pel SÍ y la CUP presentan a la Mesa del Parlament dos propuestas de resolución para su votación al Pleno. La primera tiene por objeto la declaración de independencia de Cataluña con un contenido idéntico al de la proclama hecha fuera del Parlament y la segunda, el inicio de un proceso constituyente para la nueva república. La declaración de independencia fue aprobada con 70 votos a favor, 10 en contra y 2 abstenciones de un total de 135 diputados autonómicos. Sin embargo, no tuvo concreción práctica alguna ya que ese mismo día el Pleno del Senado aprobó las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de la Generalitat de Cataluña (ex artículo 155 CE). Dispuso el cese inmediato de todos los miembros del Gobierno de la Generalitat, la disolución de la Cámara Legislativa autonómica y la convocatoria de elecciones para la conformación de un nuevo Parlament.

La declaración de independencia, tan simbólica políticamente como ineficaz jurídicamente, comenta la sentencia que fue el desenlace de un proceso de tramitación legislativa desarrollado en continua oposición a todos los requerimientos formulados por el Tribunal Constitucional, que advirtió permanentemente a los acusados de la ilegalidad de las iniciativas que estaban siendo llevadas a cabo.

Tales requerimientos fueron desatendidos, al igual que el efecto suspensivo respecto de los actos de la cámara impugnados por el gobierno de la Nación.

Las leyes de transitoriedad jurídica y de referéndum de autodeterminación fueron suspendidas por el Tribunal Constitucional el día después de su aprobación, y posteriormente declaradas nulas por las sentencias de 17 de octubre y 8 de noviembre de 2017.

Todas estas iniciativas legislativas y la actividad parlamentaria traían razón de una serie de declaraciones anteriores del Parlamento catalán que arrancan con la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña, para la creación del Estado catalán independiente. Invocaba los resultados electorales de 27 de septiembre de 2015 y aseguraba que el Parlament y el proceso de desconexión ‘...no se supeditarían a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional’. Naturalmente, el Tribunal Constitucional declaró nula esta resolución.

La segunda iniciativa aprobada por Resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, permitía la creación de una Comisión de Estudio del Proceso Constituyente. La comisión fue constituida el 28 de enero de 2016 y alcanzó la conclusión de que el objetivo era llegar a la desconexión con las leyes españolas a través de la unilateralidad, es decir, de procedimientos ilegales como así señala la sentencia. Por auto del Tribunal Constitucional se rechazó la constitucionalidad de esa actividad de la comisión y se advirtió a los miembros de la Mesa sobre su deber de no admitir dichas iniciativas. No obstante, mediante Resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016, se aprobaron las conclusiones de la Comisión. Frente a ello, el 6 de octubre mediante auto del Tribunal Constitucional se declaró la nulidad de tal resolución. Además, se notifica personalmente la resolución a la presidenta del Parlament de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General, al Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, con la correspondiente advertencia de realizar cualquier actuación tendente a dar cumplimiento a la resolución declarada nula y de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que supusiera eludir la nulidad de dicha resolución, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades incluida la penal.

La tercera iniciativa admitida por la Mesa del Parlament el 4 de octubre de 2016, contenía las propuestas de instar al Gobierno de la Generalitat a celebrar un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña y posteriormente llevar a cabo un proceso constituyente si esta opción era votada mayoritariamente. La Resolución parlamentaria 306/XI, de 4 de octubre de 2016, proclamaba de nuevo el derecho a la autodeterminación de Cataluña. Tal resolución fue declarada nula por el Tribunal Constitucional quien volvió a advertir personalmente a la Mesa de la Cámara, al Secretario General, Presidente e integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que debían abstenerse de cualquier actuación conducente a la ejecución de la resolución impugnada.

Hubo una siguiente iniciativa plasmada en la Resolución parlamentaria 807/XI, de 7 de septiembre de 2017, por la cual se designaban los miembros de la Sindicatura Electoral. El Tribunal Constitucional, al igual que en ocasiones anteriores, declaró nula esta resolución mediante sentencia de 21 de octubre de 2017.

No son estas todas las actuaciones gubernamentales y parlamentarias que tiene en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo, sino que se complementan con otros muchos detalles que manifestaban la voluntad independentista y el protagonismo de los procesados, así como el incumplimiento de las bases de nuestro ordenamiento. Uno de los hitos fundamentales es la formalización de una ‘hoja de ruta’ hacia la independencia el 30 de marzo de 2015, o todas las medidas preliminares de gobierno y administración que facilitaban las acciones y contrataciones necesarias para la celebración del referéndum, como aprovisionamiento de materiales, elaboración del censo, voto por correo, página web informativa, etc.

La sentencia también detalla la acción de entidades de carácter social, con gran capacidad de movilización, como ANC (Asamblea Nacional Catalana) y OC (Omnium Cultural). Se narran una serie de hechos como la convocatoria de la población para que se concentrara en la sede de la Consejería de Vicepresidencia, Economía y Hacienda y evitar de este modo la ejecución de la decisión judicial de registrar las instalaciones de la Consejería. Como consecuencia la comisión judicial fue gravemente forzada y puesta en peligro por los allí concentrados, quienes habían sido convocados por los señores Jordi Sánchez Picanyol y Jordi Cuixart Navarro, sin cargos políticos, pero cuya contribución fue necesaria y decisiva para los fines de la independencia a través de la movilización ciudadana.

La Sentencia incluye en sus hechos probados toda la actividad desarrollada para animar a la población a seguir adelante, a adoptar actitudes coactivas, y la sistemática desobediencia a cualquier resolución procedente de las instituciones del Estado.

2.2. Valoración jurídica

Tras la pormenorizada explicación de los hechos probados, la resolución judicial acomete su valoración jurídica.

La Sentencia dedica casi la mitad de sus fundamentos de derecho a analizar la vulneración masiva de derechos fundamentales. A pesar de que en el procedimiento ordinario no se habilita un turno de intervenciones para que las partes puedan alegar lo que estimen conveniente sobre posible vulneración de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Sala ha extendido al ordinario la fase prevista en el proceso abreviado que si permite su alegación y defensa.

Vamos a ir analizando aquellas vulneraciones que han sido defendidas por las partes. Aunque, en algunos de los escritos de cuestiones previas y en los informes hechos valer al comienzo de las sesiones del juicio oral, se entremezclan las alegaciones vinculadas a lo que se consideran causas de exclusión de la antijuridicidad (inviolabilidad parlamentaria, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de autodeterminación, etc) y alegaciones que reflejan una vulneración de los derechos y garantías del proceso (utilización de la lengua catalana, derecho al juez predeterminado por la ley, a la doble instancia, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso con todas las garantías, etc) protegidos por el artículo 24 CE. En todo caso, la Sala da respuesta a ambos tipos de alegaciones conjuntamente.

Va a preceder a todas las referencias de las defensas respecto a los derechos fundamentales vulnerados, una consideración general bastante original: afirman que la vulneración de derechos es consecuencia de la sobreprotección de la unidad territorial de España. Lo cual quiere decir que, la fuente de tanta agresión a los derechos estaría en la defensa de la unidad territorial por los órganos del Estado, principalmente por la Fiscalía y la Justicia. Tanto celo de la Justicia y sus colaboradores ha creado un ambiente en el que algunos derechos fundamentales no pueden ejercerse.

Para el Tribunal fue fácil rechazar esta alegación: la unidad territorial de un Estado no es ‘una extravagancia que singularice nuestro sistema constitucional’, sino la proclamación de un valor que está consagrado en todas las constituciones europeas. Además, el Tribunal considera que las acciones de la Fiscalía y de los Tribunales se producen dentro del ámbito de sus competencias para evitar acciones contra el Estado democrático de Derecho. En definitiva, que el principio de unidad territorial del Estado no es contrario al ejercicio de los derechos, ni tampoco a que la Justicia intervenga para proteger la legalidad constitucional.

2.2.1. Vulneración de derechos

2.2.1.1. Derecho a utilizar la lengua catalana en el proceso

En este sentido, es casi obligada una referencia al derecho a utilizar la lengua catalana en el proceso. En conexión con él, la competencia territorial de los tribunales de Cataluña para conocer de la causa, el derecho al juez predeterminado por la ley (los tribunales catalanes y no el Tribunal Supremo), el derecho a la doble instancia procesal y el derecho a un juez imparcial. Todos estos supuestos quebrantos del artículo 24 CE los resuelve la sentencia con razonamientos bastante contundentes que se limitan a aplicar una doctrina sobre la que no hay controversia en la jurisprudencia.

La defensa de los procesados Sres. Junqueras y Romeva, Rull, Turull, Cuixart y Dña. Carme Forcadell comienza por alegar la vulneración del derecho a la utilización de la lengua catalana como lengua del proceso y la obligada remisión de la presente causa a los tribunales de Cataluña (derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, art. 24.1 y 2 CE).

La reivindicación de que el proceso ante el Tribunal Supremo se desarrollara en su integridad en lengua catalana, se completaba con esa afirmación: *‘...dado que el Tribunal Supremo español no ha asumido el carácter plurilingüístico del Estado español, la única forma de garantizar los derechos lingüísticos de las partes es que el juicio se celebre en Catalunya, en nuestro caso ante la jurisdicción ordinaria al no ser aforados, según venimos reiterando. En caso contrario, resultará patente la vulneración de la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias y con él el derecho fundamental del art. 24 CE a un proceso debido y con todas las garantías’.*²

La Sala sí que reconoce el derecho de los acusados a valerse del idioma catalán, pero rechaza la posibilidad de que el interrogatorio se practique mediante traducción simultánea, ya que habría exigido a los miembros del tribunal la utilización de auriculares. Hay una *doble razón* al rechazo.

Por un lado, la afectación que tal práctica podría suponer al principio de publicidad, siendo incompatible con la decidida apuesta del tribunal por convertir la sala de plenos en un escenario en el que todo puede verse, todo puede valorarse y todo es fiscalizable. Y, lo que, es más, se trataría de un sacrificio innecesario e injustificado, vista la fluidez, precisión y el dominio de la lengua castellana que evidenciaron los procesados. Lo cual disipa cualquier

² Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.69.

duda acerca de la alegada indefensión. En suma, la vulneración del derecho a expresarse en catalán solo puede argumentarse prescindiendo de lo que realmente aconteció: la Sala puso al alcance de aquellos procesados que quisieran responder a los interrogatorios en catalán, dos intérpretes que hicieran posible la traducción de sus palabras.

Por otro lado, el verdadero significado constitucional del plurilingüismo en nuestro sistema está vinculado a la genuina expresión de la pluralidad española, a su riqueza cultural y a su reconocimiento constitucional. Siendo la mejor muestra de la importancia que los constituyentes atribuyeron al valor cultural de las distintas modalidades lingüísticas presentes en nuestro país.

Es en este mismo marco, se reivindicaba también la posibilidad de que los Letrados pudieran formular sus preguntas en lengua catalana, con o sin auriculares. La defensa alegaba que tal petición '*... debe ser vinculada de forma directa con el derecho a un juicio justo (6 CEDH) y su manifestación vinculada al derecho a la autodefensa, a la participación personal del acusado en su defensa, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH y como manifestación de los derechos a la tutela judicial efectiva, el proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa (24 CE)*'.³

En suma, la Sala rechazó esta primera petición en cumplimiento de un imperativo legal, el art. 231.1 LOPJ (norma vacía) proclamaba que el castellano, en su condición de lengua oficial del Estado, será el idioma usado en todas las actuaciones judiciales. El apartado 3 de ese mismo precepto, y vinculado al art. 3 CE, autoriza a las partes, a sus representantes, a los peritos, a los testigos y a los letrados, a valerse de una lengua cooficial cuando se trate de actos procesales practicados en el territorio de una comunidad autónoma. La sede del Tribunal Supremo, fuera de ese ámbito territorial explica y justifica la exclusión de esa posibilidad. Operando el territorio como un criterio delimitador de la oficialidad de una lengua.

Respalda la decisión de la Sala la jurisprudencia constitucional que viene entendiéndolo en el mismo sentido a través de distintas sentencias como la STC 82/1986 '*...la consecuyente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano...*' o la STC 31/2010 para el ámbito que es propio de la administración de justicia, precisó que '*...el criterio territorial relevante a los efectos de la delimitación del poder público vinculado a las consecuencias de principio inherentes a la*

³ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.73.

cooficialidad de una lengua autonómica es el de la sede de la autoridad, no el del alcance territorial de su respectiva competencia...?

No existe, por tanto, el derecho a la utilización de un mecanismo de traducción simultánea que obligue al Tribunal Supremo a presenciar el desarrollo de la práctica de la prueba y las alegaciones de las partes en un idioma distinto del oficial.

Tal derecho tampoco lo reconocen los instrumentos jurídicos de ámbito internacional suscritos por España para la protección de las lenguas regionales. Pese a todo, la Sala puso a disposición de las defensas dos traductores oficiales de lengua catalana y concedió a los procesados la posibilidad de hacer uso de la lengua catalana en sus respuestas. Desaparece así toda idea de indefensión.

Por otro lado, el examen de la causa pone de manifiesto que no existió a lo largo de la dilatada fase de investigación, en la cual se adoptaron importantes medidas cautelares, ninguna alegación acerca de la conveniencia de una defensa en lengua catalana. Asimismo, en el acto del juicio oral los acusados optaron por expresarse en castellano, renunciando al uso del catalán y rechazaron valerse de los dos intérpretes de lengua catalana puestos a su disposición.

Finalmente, la defensa alude a la conveniencia de trasladar el desarrollo de las sesiones del juicio oral a Barcelona, acordándose el desplazamiento del Tribunal Supremo a esa ciudad, como única forma de garantizar los derechos lingüísticos de los acusados. La Sala responde indicando que nuestro sistema constitucional no concede a los procesados el derecho a ser enjuiciados en las proximidades del domicilio familiar. Así vincular el derecho a un proceso justo con la celebración de las sesiones del juicio oral en las proximidades del territorio de una comunidad autónoma, supone alterar el contenido de éste derecho, tal y como así lo ha delimitado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de esta Sala y del TEDH.

Por todo lo anterior, la alegación sobre posible vulneración del derecho a expresarse en lengua catalana carece de fundamento.

2.2.1.2. Derecho al juez predeterminado por la ley

Continúa la defensa con la alegación de la vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia (art. 57.2 de la LO 6/2006, 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya y de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 14 PIDCyP).

Se comienza señalando que se habrían producido graves irregularidades procesales derivadas del hecho de que la presente causa ha sido conocida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, careciendo de competencia territorial para ello. Según la defensa tal falta de

competencia tiene su origen por el hecho de *'...haberse realizado la totalidad de los elementos típicos de los delitos que las acusaciones atribuyen a los procesados íntegramente en territorio catalán'*.⁴

Con carácter previo, existe un dato decisivo que relativiza bastante el alcance de esta reclamación, y es que, a lo largo del presente procedimiento, los acusados Sres. Sánchez, Turull, Rull y Junqueras se han convertido en Diputados, mientras que el Sr. Romeva ha obtenido acta como Senador. Tal proclamación determina, como inmediata consecuencia, la aplicación del art. 71.3 de la CE, que atribuye a la Sala Penal del Tribunal Supremo la competencia para conocer de los delitos imputados a los Diputados y Senadores. Quedarían así zanjadas las dudas suscitadas respecto a la competencia.

Anteriormente, en varias resoluciones la Sala ha ido dando respuesta a esta queja. Siendo su rechazo razonado en varios autos, y subrayando la existencia de hechos que habrían desbordado los límites territoriales de la comunidad autónoma. Así, partiendo de los artículos 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que dispone que *'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'* y del 73.3.a) de la LOPJ, no admiten otro desenlace cuando los hechos se sitúan por las acusaciones fuera del ámbito de la comunidad autónoma catalana.

Frente a ello, las defensas, aun aceptando la realidad de actos ejecutados en el extranjero y como tales descritos en las conclusiones provisionales, razonaban que ese hecho era irrelevante a efectos de determinar la competencia de esta Sala, ya que ninguno de los elementos típicos de los delitos de rebelión, sedición, o malversación habían sido ejecutados fuera del territorio de la comunidad autónoma catalana.

La Sala respondía entonces con la 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, abarcando tanto aquellos elementos incluíbles en el tipo objetivo como en el subjetivo. De esto 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, justifica la aplicación del art. 57.2 del Estatuto de Autonomía el cual señala a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como competente para investigar y enjuiciar hechos ejecutados fuera del territorio catalán.

⁴ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.81.

La batería argumental hecha valer por las defensas continua y se detiene y subraya la excepcionalidad que implicaría que procesados no aforados fueran enjuiciados de forma conjunta con aforados, con la consiguiente alteración del derecho al juez predeterminado por la ley. Alegando además un apartamiento de los precedentes consolidados por la jurisprudencia de la Sala. Sin embargo, la respuesta dada por la Sala no se aparta de modo alguno respecto de otros precedentes, ‘...el criterio doctrinal y jurisprudencial *de la continenia de la causa (...)* ha aconsejado la unidad en la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento porque permite asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y facilita la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se le imputa una participación en la realización del hecho delictivo. En estos supuestos es aconsejable una instrucción y, en su caso, enjuiciamiento conjunto para alcanzar la verdadera entidad fáctica que se investiga o enjuicia’.⁵

Esto último es el punto de partida de cualquier razonamiento que busque decidir acerca de la conveniencia o el rechazo de un enjuiciamiento conjunto de hechos imputados a aforados y no aforados.

Esta doctrina ha servido de inspiración para la fundamentación jurídica en varias causas; entre ellas para la del ATS 24 junio 2015, dictado en causa especial 20619/2014, *caso ERES*, donde el instructor con un razonamiento sobre la inescindibilidad de los hechos imputados, acordó mantener la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo pese a la pérdida de la condición de aforado de uno de los investigados. O para la investigación de unos hechos imputados inicialmente al Alcalde de Valdepeñas, aforado a esta Sala por su condición de Senador, cuya competencia se proyectó también respecto del secretario de la corporación municipal, carente de todo aforamiento.

La Sala se va a hacer eco de la doctrina europea (especialmente importante, el asunto *Cöeme y otros c. Bélgica* de 22 de junio de 2000) aplicable en aquellos casos en los que se trata de atraer la competencia del Tribunal Supremo respecto de hechos ejecutados por personas no aforadas ante el mismo. Esa atracción plantea el problema de la acomodación de esa investigación judicial con el derecho constitucional al Juez predeterminado por la ley, pues si el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional predeterminado por ley para los aforados, no lo es respecto a quienes no son tal.

Pues bien, la doctrina de la Sala, con inspiración en los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes citados, ha proclamado que la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será

⁵ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.88.

procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas. Y esto es lo que precisamente sucede en el supuesto ahora enjuiciado.

Por último, dirá la Sala que de lo que se trata en todo caso, es de garantizar la predeterminación de la competencia de los tribunales como garantía del ciudadano, frente a cualquier intento de manipulación de las reglas imperativas que distribuyen la competencia de los órganos jurisdiccionales.

2.2.1.3. *Derecho a la doble instancia*

Sigue a todo esto que, en la visión de las defensas, la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley habría conllevado la infracción del derecho a la doble instancia.

El derecho a una doble instancia implica que, las acusaciones puedan ser examinadas al menos por dos órganos judiciales, uno de instancia y otro de apelación o casación, que tantas veces han reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los acusados han sostenido que, al intervenir el Tribunal Supremo directamente, no habrá recursos contra su decisión. Pero, en verdad, este es un asunto resuelto por la jurisprudencia de los Tribunales de forma inequívoca: se trata de un derecho de configuración legal, sometido a lo que las leyes determinen; se puede invocar, pero dentro de los límites de la legislación que lo configura. El proceso contra aforados participa de una estructura formal que, por definición, excluye la posibilidad de que la sentencia que pone término a la causa sea objeto de impugnación ante un órgano superior.

Y, sobre todo, está aceptado por toda la jurisprudencia europea que cabe excepcionar ese principio cuando la causa la ha resuelto el más alto tribunal de justicia del Estado, como es nuestro Tribunal Supremo. Tal limitación del derecho en este caso está justificada por un fin constitucionalmente legítimo, no siendo otro que el de llevar a sus últimas consecuencias la salvaguarda de una prerrogativa funcional, concebida como garantía de los integrantes del poder legislativo.

Además, tampoco es sostenible la vulneración del derecho invocado, puesto que el enjuiciamiento ante esta Sala tiene como contrapartida una ventaja para el propio aforado. Que el conocimiento de los hechos se produzca ante el Tribunal Supremo garantiza, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, un conocimiento integral e ilimitado de la pretensión punitiva del Fiscal y las demás partes acusadoras. Lo cual conlleva que la valoración de la pretensión acusatoria lo sea sin los límites cognitivos que son propios como el recurso extraordinario de casación.

En definitiva, la Sala ha actuado de la forma más adecuada posible para la salvaguarda de los derechos en juego. Lo ha hecho con el respaldo de la jurisprudencia constitucional y de los precedentes que han ido informando su doctrina. Además, la cuestión suscitada la ha resuelto en línea con otros pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos supuestos en que ha tenido lugar esta queja.

2.2.1.4. *Derecho al juez imparcial*

Por último, vinculado con el derecho a utilizar la lengua catalana en el proceso, plantean las defensas la vulneración del derecho al juez imparcial (art. 6 CEDH y 24 CE).

Muchas impugnaciones de lo actuado se han centrado en discutir la imparcialidad de los miembros del tribunal juzgador. Por razones de orden personal, por su participación en decisiones que, de alguna manera, los contamina, por concurrencia del deber de abstención...Todas estas cuestiones son examinadas detenidamente por la Sentencia y resueltas con argumentos que no se separan de las interpretaciones de la legalidad más asentadas.

El carácter hiperbólico de los alegatos de las defensas es manifiesto algunas veces. Por ejemplo, cuando se afirma que existe una ‘evidente e inevitable camaradería’ entre el Fiscal General del Estado que presentó la querrela y la Sala juzgadora porque aquél actuó durante muchos años como fiscal de la Sala. Le resulta fácil al Tribunal desestimar estas insinuaciones de amistad manifiesta como impedimento de la imparcialidad.

Fueron, al menos, siete los incidentes de recusación promovidos contra nueve Magistrados de la Sala. Tales recusaciones se han convertido en una rutina que, de manera contumaz, ha sido empleada como un instrumento de deslegitimación del Tribunal Supremo. Ello contrasta con la naturalidad que, desde hace décadas, se aceptan las resoluciones de la Sala como la expresión del legítimo ejercicio de la función jurisdiccional. Suponiendo la causa especial estudiada una abrupta ruptura con el anterior estado de las cosas.

A la vista de los datos estadísticos, entre 2014 y 2018, los Magistrados cuya imparcialidad ahora se cuestiona, despacharon 2.503 asuntos procedentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En ninguno de estos procedimientos se promovió recusación alguna de los Magistrados integrantes de la Sala. Las referencias estadísticas deben completarse con un dato de especial valor, la Sala Penal del Tribunal Supremo ha conocido también durante ese período de tiempo más de una quincena de causas especiales o recursos de casación por hechos

imputados a responsables políticos de Cataluña. En la mayoría de casos, son querellas promovidas contra aforados, ninguna de ellas se acompañó de recusación de los Magistrados que integraban la Sala.

Además, tampoco se promovieron incidentes de recusación contra los Magistrados que conocieron de la causa especial –núm. 20249/2016- contra el Sr. Homs, miembro del Congreso de los Diputados en ese momento, y relacionado el objeto de la causa con la ilegal convocatoria de un referéndum que se celebró el día 9 de noviembre en Cataluña. Tampoco contra los Magistrados que componían la Sala que conoció del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de marzo de 2017, que había condenado al expresidente de la Generalitat, D. Artur Mas y a las consejeras del Gobierno autonómico como autoras de un delito de desobediencia. Ni tampoco en otros procedimientos de clarísima conexión con hechos de significación política y de evidente relieve institucional de buena parte de sus actores.

Al margen de ese drástico cambio de percepción que ha llevado a promover la recusación de nueve Magistrados, la preocupación de los acusados contrasta con su falta de respeto por el significado constitucional de la función jurisdiccional. La Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, por la cual se instauraba un modelo de autogobierno del poder judicial inspirado en la actuación coordinada con el poder ejecutivo, suponía la búsqueda de un modelo de juez identificado con una determinada convicción ideológica. Esta nueva estructura del poder judicial en la República Catalana presentaba preocupantes signos de imparcialidad.

Si profundizamos un poco más en las alegaciones de la defensa, debemos partir de una descalificación en cascada del Tribunal Supremo censurando su capacidad para investigar y enjuiciar los hechos sin interferencias del poder político. Así la falta de imparcialidad se derivaría, con carácter general, del sistema de nombramiento de la cúpula judicial lo que conduce a una politización que habría afectado al desenlace del proceso. Sin embargo, dirá el tribunal que la duda sobre la imparcialidad de los Magistrados no puede construirse sobre una reflexión genérica de politización de la justicia.

En todo caso, la Sala examina los modelos comparados de nuestro entorno para extraer algunas conclusiones sobre el efecto contaminante que los recurrentes atribuyen al sistema de designación de los vocales del CGPJ español, con su negativa repercusión sobre la imparcialidad de Jueces y Magistrados. Conociendo casi todos los países de nuestro entorno de una participación, más o menos directa, del poder político en el nombramiento de los

integrantes del órgano de gobierno del poder judicial. Lo mismo se plantearía respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos miembros son elegidos por políticos. Siendo, por lo tanto, el sistema español tan mejorable como cualquier otro de nuestro entorno. No obstante, la participación del Senado y del Congreso en la designación de 8 de los 20 vocales que integran el Tribunal Supremo, no puede conducir a la descalificación por su falta de imparcialidad.

Por otro lado, las defensas mantienen que el magistrado instructor debería haber sido apartado de las labores de investigación. Las recusaciones se fundamentan sobre todo en razones personales; coincidencia en una cena de amigos con un concejal del PP y expresiones en las que él instructor se reconocía a él mismo como víctima de los hechos que atribuía a los procesados. La primera de las quejas, fue declarada inadmisibile por su extemporaneidad y por su falta de fundamento. Y respecto a la segunda, la Sala indicó que tal expresión debía entenderse como una percepción generalizada de la forma en que se fueron desarrollando los acontecimientos en Cataluña.

También fueron recusados algunos de los Magistrados, incluido el Magistrado- presidente de la Sala, por haber formado parte de la Sala de Admisión que dictó la resolución que admitía a trámite la querrela del Fiscal.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional de la Sala y del TEDH, con carácter general, tiene establecido que la participación de un Magistrado en fase procesal anterior al juicio, particularmente en la fase de instrucción, es motivo de recusación si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad que no deja margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa. Por lo tanto, es necesario comprobar la intensidad del juicio emitido sobre el objeto del proceso. Frente a ello, el tribunal entiende que la Sala de enjuiciamiento, estaba integrada por magistrados que, hasta ese momento, se limitaron a dar trámite a la querrela y se apartaron del objeto del proceso, no produciéndose en este caso el efecto contaminante.

Otro de los motivos que alegan las defensas para justificar la imparcialidad de la Sala, es la proximidad personal que durante años habría existido entre el querellante y los Magistrados que integran la Sala de Enjuiciamiento. La Sala respondió que *«...ser compañeros en un mismo órgano jurisdiccional no conduce necesariamente a hacer confianzas irregulares, ni menos aún a quebrantar los propios deberes legales y deontológicos. Para que una alegación como la hecha por los recusantes mereciera algún crédito, sería necesario que aportasen algún elemento fáctico en que basarla; algo que simplemente no han hecho»* (cfr. auto 3/2018, 13 de septiembre, FJ 7).

Continúan las defensas promoviendo incidentes de recusación contra hasta nueve magistrados, todos en la misma línea que los anteriores.

Finalmente, la Sala entiende no vulnerado el derecho al juez imparcial y que, al contrario, ha sido especialmente respetuosa con la necesaria escisión funcional entre las tareas de investigación y enjuiciamiento; sin interferencias entre el trabajo del Magistrado instructor, la Sala de Recursos y la Sala de Enjuiciamiento.

2.2.1.5. *Otros derechos*

Se rechazan otras invocaciones de vulneraciones de derechos utilizando una jurisprudencia reiterada, que se ha vuelto a aplicar sin ninguna modulación o cambio, es decir, tomando como referencia los antecedentes. De esta clase son las referencias al derecho de defensa (con diversas expresiones: dificultad para la preparación de la defensa por estar los procesados privados de libertad; dificultades de acceso completo a las actuaciones; denegación de algunas pruebas solicitadas por los procesados;), al derecho a la presunción de inocencia por algunas declaraciones formuladas a la BBC por una secretaria del Estado del Gobierno español; al derecho a un proceso con todas las garantías por participar como acusación un partido machista y xenófobo (Vox); o a la utilización de un derecho procesal de excepción, etc.

Vamos a partir de la vulneración al derecho de defensa *‘por haberse tenido que preparar el juicio en una situación de privación de libertad’* (arts. 17 y 24 de la CE). Razona la representación de algunos acusados que se ha vulnerado el derecho a la defensa porque el investigado preso no puede buscar por sí mismo aquellos medios de prueba que acrediten su inocencia y tiene que pedir que lo hagan sus letrados o allegados. Esto lleva consigo, según las defensas, la erosión del derecho de los letrados a gozar del descanso y la conciliación familiar. Sin embargo, no es suficiente para la Sala la asociación entre la vulneración del derecho a la libertad de un procesado y el menoscabo del derecho al descanso familiar de su abogado. Además, la defensa de algunos acusados, complementa lo anterior, con que la prisión preventiva priva a los acusados del derecho a mantener una vida familiar digna y a ejercer debidamente la defensa.

La Sala indica que no ha habido vulneración del derecho de defensa puesto que las medidas cautelares de restricción de la libertad se acomodan a sus presupuestos legitimadores y la defensa no cuestiona la efectiva concurrencia de tales presupuestos. A ello se une que, el Letrado cuando presenta la incompatibilidad entre privación de libertad y derecho de defensa no menciona ni un solo medio de prueba o diligencia de investigación que no se haya podido

incorporar a la causa por razón del internamiento de sus clientes. La Sala tampoco entiende vulnerado el derecho al descanso laboral y la conciliación familiar y concluye diciendo que la dignidad de los acusados y la plenitud de sus derechos estuvieron garantizados durante todos y cada uno de los días de las sesiones del plenario.

La representación de los acusados habla también de la vulneración del derecho de defensa por no garantizarse un acceso completo a las actuaciones (arts. 24 CE y 6 CEDH), consecuencia, según las defensas, de las dificultades de acceso a la nube virtual y de la indefensión padecida en las fases de investigación e intermedia, ya que no se les había dado traslado de las pruebas documentales que habían sido requeridas por auto de esta Sala a fecha de 1 de febrero de 2019. La Sala no detecta indefensión alguna; para las dificultades de acceso, se descarta que el formato digital sea un presupuesto de validez de los actos procesales y que, por lo tanto, el derecho de defensa ha sido garantizado en todo momento, ya que lo que ha sido objeto de tratamiento informático es lo que ya existía en el sumario y no nada nuevo.

En relación con el no traslado de las pruebas documentales, tal queja no ha tenido continuidad en el plenario, ya que ni las acusaciones ni las defensas han incluido en sus informes alegación alguna sobre la falta de incorporación de alguno documento considerado clave para el ejercicio del derecho de defensa.

Continúa la representación de los acusados con que el derecho de defensa ha sido vulnerado por la denegación de medios de prueba pertinentes propuestos en tiempo y forma (arts. 24 CE y 6 CEDH). Tal vulneración se ha producido a la vista de las defensas porque se han admitido *‘...prácticamente todas las pruebas propuestas por las acusaciones y, en cambio, se han rechazado muchas de las pruebas propuestas por las defensas’*.⁶

La Sala declara que la vulneración que se denuncia carece de todo fundamento puesto que, la vulneración se vincula a la exclusión injustificada de pruebas pertinentes, mientras que para el supuesto que nos ocupa, no ha habido otra exclusión que la de aquellas diligencias manifiestamente impertinentes, sin conexión procesal con los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

Continúa el tribunal con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la cual se habría producido a juicio de las defensas, por las manifestaciones hechas a la BBC por la entonces Secretaria de Estado Dña. Irene Lozano Domingo, en las cuales afirmaba que el presente juicio sería un reto para el sistema judicial español, porque *‘...el hecho de que haya*

⁶ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.144.

líderes políticos que han cometido delitos penales que estén siendo juzgados no es algo que ocurra habitualmente’.

Frente a tal alegación, la jurisprudencia de la Sala, en línea con la doctrina del TEDH, dirá que habrá que estar al alcance y al contenido concreto de tales declaraciones consideradas como vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia. De modo que, en el supuesto planteado, aunque torpes en su enunciado y expresión las palabras objeto de juicio, ‘...delitos penales que están siendo juzgados’, lo que realmente reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a tener el enjuiciamiento de unos líderes políticos. La opinión expresada carece, por lo tanto, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria de la Sala.

En definitiva, lo verdaderamente relevante es que la culpabilidad de los acusados sea el desenlace de una práctica probatoria desarrollada conforme a los principios constitucionales que enmarcan todo el ejercicio de la función jurisdiccional.

Plantea también en su escrito de alegaciones previas la defensa del Sr. Cuixart que, se ha vulnerado su derecho a un proceso justo por la presencia de un partido político – VOX – en el ejercicio de la acción popular. Reivindica su expulsión del procedimiento por ser un partido machista y xenófobo.

La Sala entiende que no hay vulneración del derecho a un proceso justo pues, los delitos por los que se decretó el procesamiento del acusado afectan a bienes de naturaleza difusa, supraindividual o de carácter colectivo, y en tales supuestos, una acusación popular no es considerada como un obstáculo para la vigencia de los principios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. En cualquier caso, el acusador popular debe actuar de acuerdo a las exigencias de la buena fe, pero no es un tercero imparcial. Por otro lado, ha quedado demostrado durante todo el proceso que la Sala impide conforme a los instrumentos jurídicos precisos que la acusación popular o cualquiera de las otras partes, desborde el ámbito funcional que le es propio.

En todo caso, lo que preocupa a la Sala no es tanto la constatación de uno u otro de los signos de identidad que definen a cada formación política, sino la presencia misma de ese partido como acusación popular. La Sala incide en la necesidad de limitar el ejercicio de la acción penal de las formaciones políticas.

Otra de las vulneraciones de derechos expuesta es en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión, como consecuencia de la aplicación de un derecho procesal de excepción. Dirá la defensa del acusado Sr. Cuixart

que la Sala ha aplicado lo que la doctrina viene a llamar el derecho penal del enemigo, ya que se aplican criterios de excepción respecto de la propia doctrina garantista asentada para la generalidad de casos, siendo ese uso alternativo del derecho contrario al principio de legalidad.

Razona la defensa además que, la posposición del examen de las denuncias de las defensas por vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho al proceso debido, supone sacrificar garantías y derechos que acompañan a este proceso.

La Sala responde alegando que el desarrollo de la causa se ha ajustado al cuerpo de doctrina jurisprudencial que ha delimitado la lectura constitucional del proceso penal. Tampoco puede hablarse de ausencia de ánimo revisor de la vulneración de derechos fundamentales, cuando se habilitó una audiencia preliminar para su alegación y defensa. Junto a ello, todas las decisiones del instructor que se han considerado por las partes vulneradoras de derechos fundamentales, han podido ser impugnadas ante la Sala de Recursos.

Finalmente, el otro grupo de vulneraciones de derechos invocadas se refiere a la no aplicación del principio de legalidad, que habría consistido en que la interpretación de la ley mantenida durante la instrucción, en el auto de procesamiento y en los escritos de acusación, ha sido sorprendente e imprevisible, de modo que los procesados no pudieron tener en cuenta las consecuencias penales de su conducta. Explica el Tribunal, para contestar este alegato, cómo funciona el principio de legalidad penal de acuerdo con una jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Constitucional. Y compara las exigencias del principio de legalidad y lo acontecido en el proceso sin encontrar finalmente motivo alguno para la queja.

2.2.1.6. Vulneraciones de derechos durante el desarrollo del juicio oral

La presente causal penal, después del debate inicial sobre vulneración de derechos fundamentales, dio paso a la práctica ordenada del interrogatorio de los procesados, el examen de los testigos y la prueba documental. Conviene por ello, hacer una breve referencia a algunas alegaciones que presentaron las defensas respecto a vulneraciones de derechos sobrevenidas durante las sesiones del juicio oral.

Durante los cuatro meses que duraron las sesiones del juicio oral se sucedieron diversas peticiones por parte de las defensas y algunas de ellas determinaron sus protestas, al entender que la solución ofrecida por el tribunal suponía una quiebra del círculo de derechos fundamentales. Entre otros, las defensas sostienen que ha habido vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la imposibilidad de confrontar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica, vulneración del principio de igualdad de

armas entre acusaciones y defensas y asunción de rol acusatorio por parte de la Presidencia del Tribunal, y vulneración del derecho de defensa (arts. 24 y 6 CEDH) por la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas.

Respecto a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías por impedir la exhibición de la prueba documental videográfica a los testigos declarantes, alegan las defensas que se impidió de este modo contrastar la veracidad de las manifestaciones del testigo. Y que, a través de ese contraste se lograría la garantía básica de la contradicción propia del juicio oral, lo que habría permitido evitar que algunos testigos hayan mentido a la Sala y que tales falsedades no hayan podido ser contradichas en el mismo momento por las defensas. Frente a tal queja, la Sala entiende que es improcedente y que solo una equivocada visión del significado constitucional del principio de contradicción podría explicarla.

La Sala viene a entender tal principio como un derecho formal, cuyo reconocimiento se afirma cuando cualquier pronunciamiento fáctico o jurídico se precede de la posibilidad de contradicción respecto a su contenido.

Tal interpretación converge con la línea jurisprudencial del TEDH, sin embargo, no con el concepto de las defensas respecto al principio de contradicción. Identifican éstas tal principio con la posibilidad de contrastar la veracidad de los testigos declarantes. Sin embargo, éste no es el contenido material del principio de contradicción; contradecir supone tener la oportunidad de interrogar a todos y cada uno de los testigos del Fiscal y de las acusaciones, implica la posibilidad de aportar pruebas personales y documentales que debiliten las incriminaciones que las acusaciones pretenden atribuir a los testimonios y los documentos presentados como pruebas. Y respecto a esto, ninguna limitación tuvo las defensas. De modo que, contradecir no es un permanente contraste sobre lo que cada uno de los testigos describe con el contenido de otras pruebas.

En definitiva, el verdadero principio de contradicción consiste en hacer posible, como así ocurrió, un interrogatorio cruzado que permitiera al Tribunal conocer los extremos fácticos que cada una de las partes quería ofrecer al órgano decisorio. Lo cual se vio enriquecido por la exhibición, en la prueba documental, de cerca de un centenar de vídeos sobre lo acontecido.

Vinculado con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en la misma línea subraya la defensa la vulneración del principio de igualdad de armas entre acusaciones y defensas y la asunción del rol acusatorio por parte de la Presidencia del Tribunal.

Según las defensas la vulneración de estos derechos se habría producido por varias *razones*, entre otras, por permitir a las acusaciones interrogar a acusados y testigos sobre su ideología política, preguntándoles en que partido político militan o si son socios de entidades independentistas y, por el contrario, impedir preguntar a una testigo si es seguidora de páginas web de la extrema derecha, o por dejar a los policías que declararon a propuesta de las acusaciones exponer con total libertad y abiertamente sus valoraciones personales sobre el *'clima hostil'* que tuvieron que vivir el uno de octubre, mientras que los testigos de las defensas eran inmediatamente cortados por la presidencia a la mínima que realizaban cualquiera apreciación valorativa.

La Sala entiende que no existe quebranto del principio de igualdad de armas en ninguna de las anteriores consideraciones y expone prueba en contrario contundente para cada una de ellas.

Por último, alegan las defensas que se vulnero durante las sesiones del juicio oral, el derecho de defensa por la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas. Respecto a esta cuestión, aclara la Sala que, las preguntas susceptibles de formulación a los testigos condicionan el juicio de pertinencia a que se formulen *'a la vista de sus contestaciones'*.

Y, por lo tanto, la interpretación de la defensa en la que el turno de preguntas no conozca límites, arriesga que sus testigos se conviertan en testigos de cargo; observando como su testigo sería implacablemente interrogado sobre aspectos que interesaran al Fiscal y que no tuvieran la más mínima conexión con las razones que justificaron la llamada de ese testigo de descargo. Lo cual a la postre, supondría la vulneración del derecho de defensa.

2.2.2. *Causas de exclusión de la antijuridicidad*

El segundo gran bloque de cuestiones digno de ser resaltado lo forman las invocaciones de derechos que justifican las actuaciones de los procesados y las exoneran de responsabilidad criminal.

La primera de estas justificaciones es que los actos de los acusados estaban amparados por el ejercicio de un derecho legítimo (art. 20.7 CP) como es el *'derecho a decidir'*.

La Sala examina puntualmente esa alegación para concluir que dicho derecho no existe ni en el marco jurídico internacional ni en el nacional. Las defensas invocan como apoyo normativo del derecho de autodeterminación el análisis de varios textos internacionales; la resolución 1514 (de 14 de diciembre de 1960) de la Asamblea Nacional de las Naciones

Unidas, la resolución 1541 adoptada por la misma institución el mismo día, y otras resoluciones derivadas de alcance parecido.

El derecho de autodeterminación, establecido con carácter general para países y pueblos coloniales, tiene un límite que han establecido otras declaraciones de ámbito internacional. Por ejemplo, la Declaración y programa de acción de Viena aprobados por la Conferencia mundial de derechos humanos de 25 de junio de 1993, afirma que ningún reconocimiento del derecho de autodeterminación ‘se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna’. La sentencia examina estas y otras declaraciones aplicables a los límites del derecho de libre determinación para argumentar su decisión.⁷

En el orden internacional, la Sala se ocupa de rechazar las alegaciones de las defensas que pretendieron que se aplicara a Cataluña la experiencia canadiense (respecto del referéndum de independencia de Quebec, examina la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998). Remarca las diferencias con la secesión de Montenegro, la independencia de Kosovo, y el referéndum de independencia de Escocia.⁸

Estos ejemplos conducen al Tribunal a concluir que el ejercicio del ‘derecho a decidir’ no es posible fuera de los cauces constitucionales. Los ejemplos examinados permiten verificar cómo en ningún Estado se ha ejercido tal derecho si no es en base a una previsión constitucional, o a la ausencia de impedimentos constitucionales. En el caso de nuestra Constitución, concluye la sentencia, el Tribunal Constitucional ha reiterado muchas veces que no reconoce el derecho a la autodeterminación, por lo que solo mediante reforma sería posible su ejercicio. Y en tal caso, habría que hacerlo dentro de los límites de la legalidad.

Además de esa insistencia en afirmar que el ‘derecho a decidir’, está internacionalmente reconocido y lo ejercen con cierta frecuencia pueblos democráticamente organizados, otras manifestaciones del desconcierto se hacen visibles en la invocación de diversos derechos fundamentales. Alude la defensa en sus pretensiones, no solo derechos inexistentes, sino

⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “¿Hay lugar para la esperanza?”. *EL CRONISTA, del Estado Social y Democrático de Derecho, La Sentencia del proceso*, núm. 82-83, octubre-noviembre 2019, pp. 4-13.

⁸ *Ibid.*

también otros consagrados en la Constitución, pero interpretándolos de forma insólita y al margen de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales asentadas.

A tal propósito son buenos ejemplos las referencias a la derogación del delito de convocatoria de un referéndum ilegal, la inviolabilidad parlamentaria o el derecho de desobediencia civil. La sentencia contesta a estas alegaciones trayendo de nuevo al caso una doctrina y jurisprudencia sin fisuras.⁹

Lo mismo hace la sentencia cuando se invoca, como derechos vulnerados el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad ideológica, el derecho a la representación política, *etcétera*. El ejercicio de estos derechos, según se han invocado en el juicio, sería causa exoneratoria de la responsabilidad criminal.

Respecto de los correspondientes alegatos, la argumentación de la sentencia es reiterativa y se basa en principios elementales: todos esos derechos tienen límites, muy bien fijados en nuestro ordenamiento jurídico, que determinan su contenido ilícito. Ni la libertad ideológica, ni la de expresión, reunión o representación política se han penalizado; no son supuestos de ejercicio de esas libertades los que han sido enjuiciados.¹⁰

2.3. Tipos penales

El tercer gran bloque de cuestiones principales de la sentencia lo forma el examen de los tipos penales en que pueden subsumirse los hechos probados.

La Sentencia desarrolla los siguientes bloques argumentales: ‘Los hechos no son constitutivos de delito de rebelión’; ‘Los hechos son constitutivos de un delito de sedición’; ‘Los hechos son constitutivos de un delito de desobediencia’; ‘Los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos’; ‘Los hechos no son constitutivos de un delito de organización criminal’. A continuación, analizaremos brevemente cada uno de ellos.

¿Por qué no hubo rebelión? El art. 472 del Código Penal establece que: ‘*Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1º. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución...5º. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional*’. En estos apartados se contemplan de modo expreso actuaciones que se identifican con las ocurridas en Cataluña. Sin embargo, la sentencia excluye que haya rebelión porque este delito ‘exige como presupuesto que sea público y violento’. Siendo la violencia

⁹ Íbid.

¹⁰ Íbid.

un elemento esencial del tipo, y pudiendo ser según el Tribunal, física o psíquica, compulsiva, equivalente a la intimidación grave. Pero asegurando de que no basta la comprobación de que han existido episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. ‘La violencia tiene que ser instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes’.¹¹

El Fiscal sí que cree que esa forma de violencia ha existido, pero el Tribunal estima que la constatada es insuficiente. Y que los actos violentos de los días 20 de septiembre y 1 de octubre son actos de culminación de un largo de proceso que se inició en 2012 hasta la aprobación de las leyes de transitoriedad jurídica y de referéndum, y no actos instrumentales para hacer realidad lo que ya era tal. Además, para que haya rebelión dice el tribunal que la violencia debe ser funcional, es decir, el comportamiento de los acusados debe crear potencialmente un riesgo para la Constitución, bien jurídico protegido por el art. 472 del CP, el cual a la vista del Tribunal nunca peligro realmente. En este sentido, el texto de la sentencia recoge que: «ha de ser real (el riesgo) y no una mera ensoñación del autor o un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos».¹² Todo lo anterior conduce a la absolución de los acusados respecto del atribuido delito.

La no concurrencia del delito de rebelión obliga al Tribunal a un análisis ponderativo de la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de sedición, tesis acusatoria formalizada por la Abogacía del Estado y presente desde la querrela del Fiscal. En relación con esto, apuntan la siguiente interpretación: «en el delito de rebelión, los rebeldes persiguen los fines descritos en el artículo 472, que atañen a elementos esenciales del sistema constitucional (...) Los sediciosos, por el contrario, limitan su afán al impedimento u obstrucción de la legítima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional». No en vano, la sedición pertenece al Título XXII (Delitos contra el orden público), mientras que la rebelión al Título XXI (Delitos contra la Constitución). A partir de aquí el Tribunal dirige su argumentación con la intención de probar que el orden público fue vulnerado durante el *procés*, de lo contrario no cabría la sedición.¹³

Para ello, razona partiendo del principio de proporcionalidad, si el tumulto imputado a los autores pone efectivamente en cuestión el funcionamiento del Estado democrático de

¹¹ *Íbid.*

¹² Iniciativa debate. *Comentarios a la sentencia del procés* [en línea]: Octubre 15, 2019. Disponible en: <https://iniciativadebate.net/2019/10/15/comentarios-a-la-sentencia-del-proces/> [consulta: 25/03/2020]

¹³ *Íbid.*

derecho, es decir, perturba el funcionamiento normal de las instituciones y los servicios. Surgiendo el delito cuando, además de haber una reunión de una colectividad tumultuaria y pública, ésta acude como medios comisivos a actos de fuerza o fuera de las vías legales, para intentar que las leyes no se cumplan o que se obstruya la efectividad de las órdenes o resoluciones jurisdiccionales o administrativas. Tal resultado no tiene por qué ser logrado efectivamente por los autores, ya que eso entraría más bien en la fase de agotamiento del delito, no de consumación. Basta con que se busque obstruir o dificultar la aplicación de las leyes en una actuación legítima de la autoridad, corporación pública o funcionarios para el cumplimiento de sus resoluciones administrativas o judiciales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en los hechos probados de los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, se constató que estuvieron lejos de una pacífica y legítima manifestación de protesta y que, por lo tanto, si encajaban dentro del tipo penal de sedición. Recordemos que el día 20 de septiembre, debido a la hostilidad desplegada, se hizo inviable que los funcionarios cumplieran con normalidad las órdenes del Juzgado núm. 13 de instrucción de Barcelona, ocasionando miedo real no solamente en los funcionarios que ejecutaban las legítimas órdenes jurisdiccionales, sino también en los funcionarios autonómicos bajo investigación y cuya presencia fue efectiva y definitivamente impedida por los acusados. Mientras que, los comportamientos del día 1 de octubre implicaron un uso de la fuerza suficiente como para neutralizar a los agentes de policía que trataban de impedir la votación, por expreso mandato judicial de la Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Tribunal Constitucional.

El TS castiga por delito de sedición a 9 de los 12 condenados conforme al art. 545.1 del CP. Dicho artículo castiga a *«los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieron 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»*.

La Sala estima que los acusados Sres. Junqueras, Romeva, Turull, y la Sra. Bassa, en su condición de autores del delito de sedición, han de ser reputados, a estos efectos, autoridad conforme a lo establecido en el artículo 24.1 del CP.

Tal estimación viene determinada por la capacidad decisoria de los acusados para sumarse y condicionar el desarrollo del concierto delictivo. El acusado D. Oriol Junqueras era Vicepresidente del Gobierno de la Generalitat y Consejero de Economía y Hacienda. Ocupaba, pues, la cúspide en el organigrama político-administrativo que fue puesto al

servicio del proceso sedicioso. Los acusados Sres. Junqueras, Romeva, Turull, y la Sra. Bassa eran miembros del Govern.

Por otra parte, El TS castiga a los acusados mencionados con anterioridad por un delito de malversación de caudales públicos en concurso medial con el anterior. Este delito sanciona no solo la conducta de apoderamiento o sustracción, sino la administración desleal de fondos públicos.

El art. 432.1º del CP castiga a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 252 sobre el patrimonio público, con la pena de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 6 a 10 años.

El art. 252 del CP sanciona como delito de administración desleal a *«los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o a sumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado»*.

El art. 432.3 establece un tipo agravado, por razón de la cuantía, que cuando excede de 250.000 euros, obliga a imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado.

Tomando en cuenta toda lo anterior, el TS sostiene que los acusados Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa son autores de un delito de malversación agravada, por la deslealtad que representa haber puesto la estructura de sus respectivos departamentos al servicio de una estrategia incontrolada de gasto público al servicio del referéndum ilegal. Y hacerlo, en total, en una cuantía superior a 250.000 euros.

La Sala entiende que la relación entre los delitos de sedición y malversación es en concurso medial. Según el TS, existe una indudable relación instrumental entre ambos tipos penales ya que todos los gastos estaban dirigidos a hacer realidad el plan estratégico del referéndum, y las partidas habilitadas estaban necesariamente destinadas a ese fin.

Conforme al art. 77.3 del CP, en los casos de concurso medial *«...se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos»*.

Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior».

La Sala considera, ponderando las razones expuestas, que los autores de los delitos de sedición y malversación de caudales públicos, conforme a su punición con las reglas del concurso medial descrito en el art. 77.3 del CP han de ser castigados a las siguientes penas: D. Oriol Junqueras, a las penas de 13 años de prisión; D. Raül Romeva, a las penas de 12 años de prisión; D. Josep Turull, a las penas de 12 años de prisión y a Dña. Dolors Bassa, a la pena de 12 años de prisión.¹⁴

Siguiendo la argumentación por bloques, dirá la sentencia que los hechos son constitutivos de un delito de desobediencia.

El delito se atribuye por las tres acusaciones a los acusados Sres. Vila y Mundó y a la acusada Sra. Borràs. Su responsabilidad está ligada a la desatención de los requerimientos recibidos del Tribunal Constitucional cuando en su calidad de miembros del Govern, eran apercibidos una y otra vez, para que se abstuvieran de ejecutar actos de apoyo o materialización de resoluciones y acuerdos parlamentarios, cuya eficacia había sido previamente suspendida por el Tribunal Constitucional.

El art. 410 del CP castiga a *«las autoridades y funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de respectiva competencia y revestidos de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años»*.

De este modo, la Sala impone a los acusados la pena de multa de 10 meses, con una cuota diaria de 200 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local, por tiempo de 1 año y 8 meses.

Finalmente, la Sala considera que los hechos no son constitutivos de un delito de organización criminal, frente a las acusaciones de la acción popular. Dirá la Sala que tanto la rebelión como la sedición son delitos de comisión plural, colectiva, tumultuaria y que tal convergencia de voluntades no es incompatible con una distribución funcional de tareas puestas al servicio del delito planeado. Sin embargo, ello no da vida sin más al delito de organización criminal.

¹⁴ Bufete Buades. *Comentarios a la sentencia de 'El procés'* [en línea]: *Noviembre 15, 2019*. Disponible en: <https://www.bufetebuades.com/comentarios-a-la-sentencia-de-el-proces/> 15 de noviembre de 2019 [consulta: 28/03/2020]

Por último, conviene brevemente hacer una referencia a la aplicación del art. 36.2 del CP y a la clasificación de los condenados en el tercer grado penitenciario. El Ministerio Fiscal interesó la aplicación del art. 36.2 del CP, con el fin de que los acusados condenados a penas privativas de libertad no pudieran obtener el tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena. Sin embargo, la Sala no considera que concurren las circunstancias para justificar su aplicación.

El art. 36.2 del CP lo que otorga al tribunal es la facultad de efectuar un pronóstico de peligrosidad para preservar los bienes jurídicos que fueron violentados. Y solamente desde esta perspectiva puede ser atendida la petición del Fiscal, es decir, desde el potencial peligro que corren los bienes jurídicos violentados. A tal efecto, el Tribunal Supremo manifiesta que: *“Los acusados han sido castigados, además de a las penas privativas de libertad asociadas a los tipos por los que se formula condena, a penas de inhabilitación absoluta que excluyen el sufragio pasivo y la capacidad para asumir responsabilidades como aquellas que estaban siendo ejercidas en el momento de delinquir”*.¹⁵ Lo cual evidentemente impide o al menos supone una dificultad, a la hora de atender con los bienes jurídicos protegidos.

En definitiva, dice el TS, *“la capacidad jurisdiccional para revisar decisiones administrativas en el ámbito penitenciario que se consideren contrarias a derecho, es la mejor garantía de que el cumplimiento de las penas se ajustará, siempre y en todo caso, a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión”*.¹⁶

3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO Y LA SENTENCIA DEL PROCÉS.

En esta segunda parte de la valoración crítica de la sentencia de 14 de octubre de 2019 dictada por la Sala Segunda del TS, vamos a comparar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las conclusiones del Tribunal Supremo respecto a las alegaciones de vulneraciones de derechos enmarcadas dentro el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este análisis comparativo puede ayudarnos a dilucidar algunas conclusiones respecto a la hipotética resolución del TEDH si un recurso contra España por la sentencia del ‘procés’ llegase a prosperar.

¹⁵ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.483-484.

¹⁶ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.484.

No obstante, no se puede ir a Estrasburgo sin pasar previamente por un recurso de amparo ante el TC, como así lo dice el CEDH. Una vez que éste resuelva el recurso de amparo interpuesto, si continúa la disconformidad, las defensas tienen 6 meses a partir de la resolución para ir a Estrasburgo. La alegación ante el TEDH debe contener alguna vulneración de derechos humanos (pueden ser derechos procesales o derechos independientes colindantes con el proceso) reconocidos en el Convenio de Roma.

Tras presentarse la demanda, lo primero que se hace es registrarla. No obstante, ello no implica ninguna decisión sobre el asunto. A partir de este registro y atendiendo a las circunstancias de la demanda, se procede a la fase de admisión, donde podrán participar hasta tres órganos distintos.

Conviene destacar que los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la hora de dictar la resolución antes citada, han sido extremadamente meticulosos con la jurisprudencia del TEDH respecto a la desestimación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

3.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro del abanico de derechos comprendidos en el Art. 6 CEDH¹⁷, que tantas veces ha sido utilizado por las defensas de los acusados para argumentar sus alegaciones, el derecho a la tutela judicial efectiva goza sin duda alguna de una posición de preeminencia.

El derecho a la tutela judicial efectiva es sencillamente un conjunto de garantías orgánicas y procesales destinadas a reforzar los mecanismos de salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio. Por ende, miles de resoluciones del TEDH han intentado establecer con precisión sus contornos, y todavía lo siguen haciendo.

¹⁷ “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo; e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.*

En relación a su contenido, este artículo contempla el derecho de todos a que su causa sea oída equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley. Mezclándose de este modo exigencias básicamente orgánicas (juez legal, independiente e imparcial) con otras procesales (‘igualdad de armas’, publicidad, duración razonable del proceso) que se podrán invocar en todo proceso donde se discutan derechos y obligaciones de carácter civil o penal. A continuación, la misma disposición establece una serie de principios aplicables sobre todo al proceso penal, se consagra el derecho a la presunción de inocencia del acusado, así como su derecho de defensa deteniéndose en las principales garantías que este conlleva.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo viene considerando como presupuestos fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva, dos exigencias básicas y complementarias entre sí¹⁸: el principio de ‘igualdad de armas’ entre defensa y acusación y la exigencia del principio de contradicción. A ello se une el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso mismo¹⁹. En todo caso, esto no puede entenderse como la exigencia de dar una respuesta detallada a cada argumento.²⁰

Conviene recordar antes de adentrarnos en la jurisprudencia del TEDH que, en numerosas resoluciones el Tribunal ha dicho que los Estados contratantes disponen de un margen de actuación para adoptar los medios adecuados en su sistema judicial en orden a responder de manera suficiente a todas las exigencias del artículo 6 y garantizar al justiciable un proceso equitativo. Y ha añadido que su función no consiste en substituirse a las autoridades nacionales, ni en indicarles cuáles deben ser tales medios, sino verificar que el resultado querido por el Convenio quede suficientemente garantizado. Hay que repetirlo, el TEDH no constituye una cuarta instancia, ni una sala de casación internacional, ni tiene encomendada la función de revisar la bondad ni la justeza de las resoluciones de las jurisdicciones nacionales.²¹

3.2. Comparación a la vista del art. 6 del CEDH.

A continuación, se va a proceder a analizar y comparar la jurisprudencia consolidada del TEDH y las conclusiones de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 459/2019 de 14 de octubre de 2019, en relación a la vulneración de derechos fundamentales amparados

¹⁸ STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberà, Messeguè y Jabardo c. España.

¹⁹ STEDH de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos c. España.

²⁰ Véase caso Van Hurk contra Países Bajos, de 19 de abril de 1994.

²¹ CASADEVALL, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pag.274-275.

por el artículo 6 del CEDH. No obstante, conviene aclarar antes de descomponer las garantías incluidas en este artículo, que la jurisprudencia suele entremezclar los derechos en él contenidos y que, por ello, puede no resultar sencillo saber dónde llevar el objeto de las específicas tachas de lesión del Convenio.²²

3.2.1. *Exigencias orgánicas del art. 6 CEDH*

3.2.1.1. *El derecho al juez independiente e imparcial.*

El Tribunal de Estrasburgo considera la imparcialidad judicial como un elemento determinante e imprescindible del proceso justo, y entiende que ocupa un lugar eminente en una sociedad democrática.

Conviene recordar por un momento que, muchas de las alegaciones presentadas por las defensas de los acusados se centraron en discutir la imparcialidad del tribunal juzgador. Casi todas ellas alegaban relaciones de amistad o de interés personal por parte de los miembros juzgadores. El eje central de esa falta de imparcialidad derivaría, a la vista de las defensas, de la politización que sufre el sistema de nombramiento de la cúpula judicial. Lo cierto es que, aunque la sentencia lo trata como posible falta de imparcialidad, convendría hablar en este caso de falta de independencia del tribunal, no olvidando en todo caso que, la independencia supone una garantía de ausencia de parcialidad. No obstante, la alegación de las defensas es desestimada por parte del TS quien dirá que en ningún caso podemos hablar de una politización general de la justicia cuando 8 de los 20 vocales que integran el TS son designados por el Senado y Congreso.

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones acerca del derecho a un tribunal independiente, poniendo el acento, en particular, sobre las relaciones y los vínculos existentes entre el juez y el Poder Ejecutivo.²³ Entre los criterios utilizados por el TEDH para aclarar la condición de independencia del tribunal, podemos señalar como más importantes; la forma de designación del tribunal, la existencia de garantías genéricas contra presiones externas, la duración del mandato para juzgar y si el órgano presenta una apariencia de independencia.²⁴

²² GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.328.

²³ STEDH de 16 de julio de 1971, caso Ringeisen c. Austria.

²⁴ STEDH de 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell c. Reino Unido.

A la luz del caso *Belilos c. Suiza*²⁵ dirá el TEDH que la designación del único miembro de la ‘Comisión de Policía’ – con función jurisdiccional- por el ayuntamiento ‘*no es por sí sola suficiente para arrojar una duda sobre la independencia y la imparcialidad de la persona designada de este modo, puesto que en numerosos Estados contratantes la designación de los magistrados compete al ejecutivo*’.

Partiendo de esta consideración y varias otras, parece que para el Tribunal de Estrasburgo la simple designación o nombramiento de los integrantes de un órgano jurisdiccional por representantes del Poder Ejecutivo no es determinante para cuestionar su independencia si no se acompaña de poder ejercer frente al tribunal una presión externa. Esto último se pone de manifiesto en *Eccles, McPhillips y McShane c. Irlanda (n.º 12839/87)* donde la independencia de los jueces del tribunal fue cuestionada porque podían ser cesados a voluntad o reducidos en sus salarios. Sin embargo, la Comisión no halló pruebas de cualquier intento del ejecutivo de influir sobre el funcionamiento de tal tribunal.²⁶

Por ejemplificar más la cuestión, tanto en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*²⁷ como en el caso *H. c. Bélgica*²⁸, el Tribunal de Estrasburgo no considera que pueda cuestionarse la independencia de órganos jurisdiccionales como ‘El Consejo de Apelación de la Orden de Médicos’, independiente aunque compuesto por diez médicos y diez consejeros del Tribunal de Apelación, ni tampoco del ‘Colegio de Abogados de Amberes’ donde todos sus miembros están designados por sus pares.

En este sentido, se aprecia una clara semejanza entre la jurisprudencia del TEDH y lo argumentado por nuestro TS en la sentencia del Procés.

Hasta aquí hemos analizado que entiende la jurisprudencia del TEDH respecto a la independencia judicial. Sin embargo, el núcleo de la cuestión tiene que ver con la imparcialidad judicial, y esto es justo lo que vamos a proceder a estudiar.

A partir de 1984 se registran las primeras referencias autónomas del derecho al juez imparcial en la doctrina de Estrasburgo. En la actualidad esta doctrina es amplia y compleja, y resultado de ello es el fracaso del Tribunal de Estrasburgo a la hora de ofrecer una definición clara del concepto de imparcialidad.

Por lo general, la configuración del derecho al juez imparcial en la jurisprudencia del TEDH se ha visto modelada bajo un mismo problema: hasta qué punto la imparcialidad del Juez

²⁵ STEDH de 29 de abril de 1988, caso *Belilos c. Suiza*.

²⁶ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1988, *Eccles, McPhillips y McShane*.

²⁷ STEDH de 28 de junio de 1981, caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*.

²⁸ STEDH de 30 de noviembre de 1987, caso *H. c. Bélgica*.

penal se puede ver comprometida por el desempeño de funciones instructoras o de otro tipo en cualquier otra fase previa del proceso.

Asimismo, la gran proliferación de sentencias del TEDH sobre esta materia ha implicado la elaboración de una serie de criterios para la apreciación de imparcialidad judicial; un elemento de apariencia, la apreciación de la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo y otro objetivo y la necesidad de analizar en el caso concreto si existe o no vulneración del derecho al juez imparcial.²⁹ A estas tres ideas-fuerza de la interpretación del concepto de ‘imparcialidad’ podría añadirse una cuarta, la prohibición de una interpretación restrictiva de la imparcialidad.³⁰

De la importancia de la apariencia de imparcialidad, *‘justice must not only be done, it must also be seen to be done’*, trata por primera vez el caso *Delcourt c. Bélgica*³¹, cuando el TEDH proclama la necesidad no sólo de hacer justicia, sino también la necesidad de que así ‘quede manifestado’. En este caso, el Tribunal entendió que no era causa de imparcialidad la simple presencia del Fiscal en las deliberaciones del Tribunal de Casación, pero si reconocía que esto podía afectar a la apariencia de imparcialidad. Finalmente, el TEDH consideró que no había habido violación del derecho a un juicio justo porque la fiscalía actuaba como auxiliar y consejero del tribunal.³²

En posteriores sentencias, como el caso *Piersack c. Bélgica*, el TEDH considera que la imparcialidad de los tribunales constituye un fundamento de la confianza ciudadana en una buena administración de justicia. Así lo manifiesta la Corte europea en el caso *De Cubber c. Bélgica*, *‘en esta materia [...] incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia [...] todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática’*.

En suma, la apariencia de imparcialidad ha alcanzado tan considerable importancia en la doctrina del TEDH que comúnmente, se habla de la *‘teoría de las apariencias’* (doctrina-tipo del TEDH). Esta teoría se basa en considerar probada la existencia de imparcialidad en función de un *test subjetivo* por el cual se valora la conducta personal del juez a lo largo del proceso

²⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2002, pag.186.

³⁰ STEDH de 17 de enero de 1970, caso *Delcourt c. Bélgica*.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

concreto, y de un *test objetivo* referido a las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de la función jurisdiccional, mirando a la institución en su estructura funcional y orgánica.

En principio, la imparcialidad subjetiva se presume, salvo prueba en contrario³³, habrá que detenerse sobre la imparcialidad objetiva y analizar la existencia de circunstancias suficientes para la formulación de dudas sobre la objetividad del juez.

El tribunal de Estrasburgo sentó las bases de esta construcción por primera vez en una sentencia en relación con el caso *Piersack c. Bélgica*³⁴, mencionada con anterioridad. Mientras que, no estimó vulnerada la imparcialidad desde el punto de vista subjetivo al considerarla presumida, sin embargo, la imparcialidad objetiva sí que podía considerarse violada en virtud de que *‘en orden a que los tribunales puedan inspirar la confianza que es indispensable, es preciso tener en cuenta un criterio de carácter orgánico [...] si una persona, después de haber ocupado un departamento del ministerio público cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo caso como juez, los ciudadanos tienen derecho a temer que no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad’*.

Es decir, lo que preocupa al TEDH es que la imparcialidad pueda estar minada por un ‘ejercicio sucesivo’ de estas funciones, de forma que el mismo juez pueda conocer del caso primero como instructor y, posteriormente, como ‘órgano jurisdiccional’. Ya que, a través de este ejercicio sucesivo, el juez podría haberse formado prejuicios sobre la culpabilidad del acusado durante la fase instructora que más tarde podría proyectar cuando se celebre el juicio. Esta cuestión se plantea en nuestra sentencia, cuando las defensas alegan que se ha vulnerado la imparcialidad de la Sala porque algunos de los magistrados del Tribunal Supremo han formado parte de la Sala de Admisión que dictaba la resolución por la que se admitía a trámite la querrela del Fiscal.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo consideró que los magistrados que formaron parte de la Sala de Admisión y, por lo tanto, de una fase procesal anterior al juicio, se limitaron a dar trámite a la querrela y se apartaron del objeto del proceso, sin perjuicios sobre el fondo de la causa y no produciéndose el efecto contaminante.

³³ STEDH de 26 de febrero, caso Padovani contra Italia.

³⁴ STEDH de 1 de octubre de 1990, caso Piersack c. Bélgica. El caso, brevemente, trata de la condena del señor Piersack acusado de homicidio por un tribunal, cuyo Presidente había participado previamente en la instrucción de la causa como sustituto del procurador. El demandante consideraba violado su derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido juzgado por una persona que, precedentemente, durante un año y medio, había conocido de la causa en calidad de ministerio público.

Conviene por último hacer referencia a la doctrina Hauschildt, aunque no exenta de críticas, parece ser la que se ha impuesto durante los últimos años en Estrasburgo. En el caso *Hauschildt c. Alemania* se sostiene que la imparcialidad no debe interpretarse en abstracto, sino que lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados. Esta doctrina introduce un punto de inflexión en la doctrina Piersack y De Cubber. Puesto que, el simple hecho de que un Juez haya ya adoptado decisiones anteriores al juicio no puede verse por sí solo como tacha de su imparcialidad, lo que importa es el objetivo y la naturaleza de las medidas adoptadas antes del juicio.³⁵ Es decir, en este punto el Tribunal de Estrasburgo tendría que valorar si dar trámite a la querrela por parte de los mismos Magistrados que van a enjuiciar, supondría vulneración al derecho de juez imparcial.

Como ya hemos aclarado previamente, la imparcialidad judicial tiene una doble naturaleza; objetiva y subjetiva. Pues bien, la apariencia de imparcialidad subjetiva es también cuestionada a lo largo del proceso catalán. En este sentido, las recusaciones que plantearon las defensas se basaban en mensajes de whatsapp atribuidos al Sr. Cosidó en los cuales afirmaba que con la elección del magistrado Manuel Marchena como presidente del CGPJ podrían llegar a ‘controlar al Tribunal Supremo y al Consejo General del Poder judicial por la puerta de atrás’ o en las manifestaciones del magistrado instructor Pablo Llarena en algunas de sus resoluciones al decir ‘la estrategia que sufrimos’.

La resolución desestimatoria del TS explica que *‘...es cierto que en la imparcialidad subjetiva las apariencias son importantes (también en la objetiva), pero como se ha explicado, en este caso, no hay apariencia de nada: el magistrado Sr. Marchena no ha dicho ni hecho nada por lo que pueda resultar afectada su apariencia de imparcialidad; por ello, no existe dato alguno que revele que dicho magistrado tenga interés directo o indirecto en el pleito o causa. El WhatsApp atribuido al Sr. Cosidó le retrata a él (si fuera suyo, cuestión en la que no entramos), pero eso no es extensible a nadie más’*. Respecto a las manifestaciones del magistrado instructor, indica la Sala de que se trata de una percepción generalizada de cómo fueron desarrollándose los hechos en Cataluña.

No obstante, si partimos de la jurisprudencia del TEDH, la imparcialidad subjetiva se presume, salvo prueba en contrario, siempre que se dé una ausencia de opiniones o prejuicios personales por parte del juez. La prueba que tienen que llevar a cabo los demandantes se traduce en un objetivo casi imposible de alcanzar, puesto que el ámbito sobre el que se desarrolla ese intento de reconstrucción probatoria es incierto y, a veces, inaccesible. Por ello,

³⁵ STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca.

pretender la prueba clara de la parcialidad subjetiva de un juez equivale a exigir una lo que se llama como ‘*probatio diabolica*’.³⁶

3.2.1.2. Derecho al juez predeterminado por la ley.

El derecho al juez establecido por la ley se nutre del principio de separación de poderes en un Estado democrático y contribuye a garantizar la independencia e imparcialidad judicial.³⁷

En virtud del artículo 6.1, un tribunal debe ser siempre ‘*establecido por la ley*’. De hecho, un órgano que no se haya establecido conforme a la voluntad del legislador carecerá necesariamente de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para conocer de las causas de los particulares (véase los casos *Lavents c. Letonia*, *Gorgiladzé c. Georgia* y *Kontalexis c. Grecia*).

Por lo tanto, un tribunal que sea incompetente para juzgar a un demandado según las disposiciones aplicables del Derecho nacional ‘*no está establecido por la ley*’ en el sentido del artículo 6.1 (véase los casos *Richert c. Polonia* y *Jorgic c. Alemania*).³⁸

Un caso jurisprudencial muy útil para la comprensión del alcance de este derecho es el asunto *Cöeme y otros c. Bélgica*.³⁹ En dicho expediente los demandantes denuncian la violación del artículo 6 CEDH por no estar previsto en la legislación belga un procedimiento a seguir ante el Tribunal Supremo de aquel país para enjuiciar a un ex ministro en calidad de aforado. Una vez que el TEDH declara violado el Convenio por la ausencia de reglas procedimentales para enjuiciar a un ex ministro, se plantea otro problema.

Los demandantes denuncian la violación de los artículos 6.1 y 14 (‘prohibición de discriminación’) del Convenio por haber sido juzgados por el Tribunal Supremo belga cuando solo uno de los encausados tiene la condición de aforado –ex ministro Coème-. Ni la Constitución belga, ni ninguna ley atribuye competencias al Tribunal de Casación para conocer contra personas que no sean ministros.

Por estas razones consideró el Tribunal de Estrasburgo violado el artículo 6.1 del Convenio, por no ser, el Tribunal de Casación belga, el establecido por la ley.

³⁶ MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag.87.

³⁷ FOSSAS ESPADALER, Enric. “Legislador y derecho fundamental al juez legal”. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2016, pag.10.

³⁸ Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: Diciembre, 2013. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

³⁹ STEDH de 22 de junio de 2000, caso *Cöeme y otros c. Bélgica*.

En definitiva, de lo que se trata en el artículo 6 del CEDH a través de la expresión ‘*establecido por la ley*’ es evitar que la organización del sistema judicial se deje a la discreción del poder ejecutivo y asegurar que esta materia sea regida por una ley del Parlamento. En países de Derecho codificado, la organización del sistema judicial no puede dejarse a la discreción de las autoridades judiciales, lo que no impide que se les reconozca cierto poder de interpretación de la legislación nacional en la materia (véase el asunto *Gorgiladzé c. Georgia*).⁴⁰

El incumplimiento por un tribunal de las disposiciones de Derecho interno que regulan el establecimiento y la competencia de los órganos judiciales supone, en principio, una violación del artículo 6.1. El TEDH es por lo tanto competente para pronunciarse sobre el respeto de las reglas de Derecho interno, no obstante, partiendo del principio general según el cual la interpretación de la legislación interna corresponde, en primer lugar, a las jurisdicciones nacionales, el TEDH entiende que no debe cuestionar tal interpretación salvo en casos de violación flagrante del Derecho interno.⁴¹

Resulta interesante en este punto el caso *Jorgic c. Alemania*, donde un ciudadano de Bosnia Herzegovina (Jorgic) y origen serbio invoca en su demanda la vulneración de artículo 5.1 a) y 6.1 del Convenio, al haber sido condenado a genocidio por los Tribunales Alemanes, no competentes para ello. Recuerda el TEDH que el artículo 6 no concede al imputado el derecho a elegir la jurisdicción que le juzgará y se limita a examinar si existen motivos razonables que justificaran que las autoridades del Estado encausadas se declarasen competentes para conocer el asunto.⁴²

Conviene analizar brevemente algunos casos donde el TEDH estima que el órgano en cuestión no era un ‘*tribunal establecido por la ley*’: En el caso *Posokhov c. Rusia* donde la jurisdicción estaba compuesta por dos jueces legos elegidos para conocer de un caso concreto incumpliendo la obligación legal de elección por sorteo y la duración máxima de dos semanas de servicio al año; en *Pandjikidzé y otros c. Georgia* porque una jurisdicción compuesta por jueces lego había continuado decidiendo de acuerdo con la tradición establecida, a pesar de que la ley relativa a los jueces lego había sido derogada y que no se había adoptado una nueva ley; o, en el caso ya mencionado *Lavents c. Letonia* donde la composición del tribunal no se ajustaba a la ley, ya que dos de los jueces habían sido retirados del caso.

⁴⁰ Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: Diciembre, 2013. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

⁴¹ Véase STEDH de 22 de junio de 2000, caso Cöeme y otros c. Bélgica y STEDH de 28 de noviembre de 2002, Lavents c. Letonia.

⁴² STEDH de 12 de julio de 2007, caso Jorgic c. Alemania.

En conclusión, y partiendo de que algunas de las alegaciones de las defensas invocan la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, lo que el TEDH deberá examinar si finalmente el caso del Procés llega a Estrasburgo, es si existen motivos razonables que justifiquen que las autoridades españolas sean competentes para conocer del asunto. No obstante, solo si entiende que hay una violación flagrante de la legislación interna, podrá cuestionar su interpretación. Así, el tribunal examinaría el artículo 71.3 de la CE por el cual, los tribunales españoles atraen para sí la competencia, el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la aplicación de la doctrina de la ubicuidad y de la teoría de la inescindibilidad.

3.2.2. *Exigencias procesales genéricas del art. 6 CEDH*

3.2.2.1. *El principio de contradicción e igualdad de armas*

La vulneración de estos principios se invoca a lo largo de las sesiones del juicio oral. Se van a tratar de garantías procesales exigidas tanto en los procesos civiles como penales a través del artículo 6.1 del CEDH ‘*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un tribunal (...), que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)*’. Ambos son presupuestos de la garantía procesal de equidad, aunque no se prevén de forma expresa en el precepto mencionado. El TEDH ha destacado a este respecto que el derecho al proceso equitativo no se limita a garantizar el acceso a los Tribunales de Justicia, es decir, a promover la actividad jurisdiccional en las condiciones de igualdad y contradicción señaladas, extendiéndose asimismo al derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.⁴³

El derecho de contradicción puede definirse como el choque entre diferentes posiciones. En este sentido, se presenta como un axioma de fundamental importancia, ya que, desde un determinado punto de vista, indica que cada parte goza del derecho a expresar, en el proceso, todos aquellos argumentos útiles para sustentar sus pretensiones. Igualmente, este principio conlleva que cada una de las partes podrá tener conocimiento efectivo de las alegaciones y materiales probatorios generados por la parte contraria, para pronunciarse sobre ellos y, en su caso, combatirlos.⁴⁴ Así lo expresa el Tribunal a la luz de unas declaraciones en las que considera que ‘*(...)El derecho a un proceso penal contradictorio implica para la acusación, así como para*

⁴³ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.234.

⁴⁴ MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag.101.

la defensa, la facultad de tomar conocimiento de las alegaciones y de los elementos de prueba presentados por la otra parte...'.⁴⁵

Conviene brevemente señalar algunos ejemplos donde se entiende violado el derecho a un procedimiento contradictorio: en el caso *Edwards y Lewis c. Reino Unido* porque se negó a los demandantes el acceso a las pruebas del litigio o, en el asunto *Reinhardt y Slimane-Kaid c. Francia* donde las partes no habían recibido el informe del asesor, a diferencia del Abogado General, y por ello no pudieron responder a las conclusiones de este último.⁴⁶

En este sentido, la representación de los acusados del Procés alegó durante el juicio oral que se había vulnerado la garantía básica del principio de contradicción por impedir la exhibición de la prueba documental videográfica a los testigos declarantes. Y que, a través de ese contraste se habría permitido evitar que algunos testigos hayan mentado a la Sala, puesto que tales falsedades habrían sido contradichas por las defensas.

La Sala Segunda del TS entiende que la queja es improcedente y que existe una equivocada visión del significado constitucional de este principio que no consiste en contrastar la veracidad de los testigos declarantes. Frente al argumento invocado por las defensas, dirá el TS que el principio de contradicción ha de entenderse como un derecho formal, cuyo reconocimiento se afirma cuando cualquier pronunciamiento fáctico o jurídico se precede de la posibilidad de contradicción respecto a su contenido. Y que, además, el principio se vio enriquecido por la exhibición, en la prueba documental, de cerca de un centenar de vídeos sobre lo acontecido.

Esta interpretación converge con la ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo en numerosas sentencias.

De todo ello, podemos concluir que, si el asunto llega hasta el Tribunal de Estrasburgo, éste se limitará a examinar si tanto la defensa como la acusación tomaron conocimientos de las alegaciones y los elementos de prueba presentados por la parte contraria. En definitiva, si hubo un interrogatorio cruzado que permitiera al Tribunal conocer los extremos fácticos que cada una de las partes quería ofrecer al órgano decisorio.

⁴⁵ STEDH de 16 de febrero de 2000, caso Jasper c. Reino Unido.

⁴⁶ Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: *Diciembre, 2013*. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

El principio de “igualdad de armas” se puede considerar como la proyección de la igualdad jurídica sobre el principio de contradicción.⁴⁷

En lo que a nuestro asunto interesa respecto a la vulneración del principio de igualdad de armas, se van a estudiar dos casos ya juzgados por el Tribunal de Estrasburgo. En el caso *Brandstetter c. Austria*, el Tribunal concluye que no hay infracción del principio de igualdad de condiciones por la negativa a designar a otros peritos y a convocar a un testigo de la defensa.⁴⁸

Mientras que, en el asunto *Bönisch c. Austria*, el Tribunal consideró que si hubo infracción del artículo 6.1 del CEDH. Las razones se basan en que, quien fue posteriormente designado como perito por el Tribunal Regional de Viena, redactó los informes cuya remisión al Ministerio Fiscal determinaron la persecución penal del acusado. Este perito se convirtió más en un testigo de cargo, ya que la imparcialidad y neutralidad de sus declaraciones eran dudosas. Además, señala el Tribunal que el desequilibrio fue especialmente llamativo por la diferencia entre las respectivas posiciones del perito designado por el Tribunal y el testigo designado por la defensa. El testigo de la defensa fue admitido a comparecer ante el Tribunal sólo en el momento de su testimonio, después de lo cual fue relegado a los bancos del público. Por el contrario, el perito de la acusación interrogó directamente al testigo de la defensa y al acusado, y ejerció las facultades que le ofrecía la legislación austríaca. A todo ello se añade que, la defensa no tenía apenas oportunidad de obtener el nombramiento de un contraperito.⁴⁹

Tiene especial relevancia este último caso, puesto que el Tribunal realizó una interpretación extensiva, abarcando además de la prueba testifical, la pericial a efectos de reconocer al acusado el derecho garantizado por el artículo 6.3.d) del CEDH.⁵⁰

⁴⁷ Véase, en particular, la STEDH de 26 de febrero de 2002, caso *Frette c. Francia*, que establece, claramente, la relación entre el principio de contradicción y el principio de “*igualdad de armas*”, puesto que el primero “*implica también en principio el derecho de todas las partes de un proceso a tomar conocimiento de todas las alegaciones o documentos presentados al juez [...] con la finalidad de discutirlos y de influenciar la decisión final*”, y el segundo requiere que “*cada una de las partes pueda verse reconocida la posibilidad razonable de presentar sus argumentaciones en condiciones que no la pongan en una situación de neta desventaja en relación con la parte adversaria*”.

⁴⁸ STEDH caso *Brandstetter c. Austria*, de 28 de agosto de 1991.

⁴⁹ STEDH caso *Bönisch c. Austria*, de 6 de mayo de 1986.

⁵⁰ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.409.

En definitiva, los testigos de la acusación y los testigos de la defensa deben ser tratados en pie de igualdad. Sin embargo, la constatación de una violación depende de si el testigo ha disfrutado, en efecto, de una posición privilegiada.⁵¹

La defensa de los acusados en el asunto del Procés invoca la vulneración de este principio atendiendo a varios motivos: a algunos testigos de la defensa les preguntó el fiscal y el resto de acusaciones por su condición de miembros de movimientos sociales, en qué partido militaban o si eran socios de entidades independentistas, y por el contrario se impidió interrogar a un testigo de la acusación si es seguidora de páginas web de extrema derecha; por otro lado, se permitió a los numerosos policías que declararon a propuesta de las acusaciones exponer con total libertad y abiertamente sus valoraciones personales sobre el ‘clima hostil’ que vivieron, mientras que los testigos de las defensas eran inmediatamente cortados a la mínima que realizaban cualquier apreciación valorativa; o, que se permitió a los testigos de la acusación consultar notas en el momento de prestar declaración, y al contrario, tal circunstancia fue censurada enfáticamente a los testigos de la defensa.

Frente a todo ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado firme negando la quiebra del principio de igualdad de armas a la luz de la legislación interna. Para sus argumentos se ha basado en el artículo 16.2 de nuestra Carta Magna⁵², así como en la LECrim⁵³. Añade además que, los testigos se deben limitar a narrar hechos y no valorar y de ahí la necesidad de interrumpir el relato cuando el testimonio del declarante deja de ser una aportación fáctica.

3.2.3. Exigencias propias del proceso penal

3.2.3.1. El derecho a la presunción de inocencia.

Las alegaciones de los demandantes respecto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se fundamentan en las manifestaciones hechas a la BBC por la entonces Secretaria de Estado Dña. Irene Lozano Domingo, en las cuales afirmaba que el presente juicio sería

⁵¹ Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: Diciembre, 2013. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

⁵² (...) *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (...)*

⁵³ *Artículo 708 ‘El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.*

El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

Artículo 437 ‘los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer la declaración ni respuesta alguna que lleven escrita. (...) Podrán, sin embargo, consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar’.

un reto para el sistema judicial español, porque ‘...el hecho de que haya líderes políticos que han cometido delitos penales que estén siendo juzgados no es algo que ocurra habitualmente’.

El artículo 6.2 del CEDH recoge uno de los principios jurídicos más importantes en todo el Estado democrático y de Derecho, al establecer que “*toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”.⁵⁴ Su fundamento se halla en la absoluta preferencia manifestada por la concepción democrática del proceso penal de absolver un culpable antes de correr el riesgo a condenar a un inocente.

En este sentido, representa la presunción *iuris tantum* más importante en el ámbito penal, puesto que exige considerar no culpable a todo sujeto acusado de un delito hasta que se demuestre lo contrario por efecto de una adecuada actividad investigativa y probatoria.

La jurisprudencia del TEDH es muy rica en casos relacionados con la posible vulneración de este derecho, siendo especialmente relevante la sentencia *Lizaso Azconobieta c. España*, de 28 de junio 2008 donde el tribunal recuerda que ‘*si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (Kamasinski c. Austria, 19 de diciembre de 1989), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (Allenet de Ribemont c. Francia, 10 de febrero de 1995; Viorel Burzo c. Rumania, 30 de junio de 2009; Moullet c. Francia, 13 de septiembre de 2007)*’⁵⁵

A través de estas declaraciones, precisa el tribunal que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia no solo puede emanar de un juez o tribunal, sino también de otros agentes del Estado (caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, sentencia del 10 de febrero de 1995) y personalidades públicas (caso *Butkevičius c. Lituania*, sentencia de 26 de marzo de 2002). Es lo que viene conociendo el TEDH como el fenómeno de ‘*irradiación extraprocesal*’.

Para la Corte europea, esta interpretación —extensiva— del derecho a la presunción de inocencia corresponde a una ampliación legítima del margen de tutela. Actuando así, se cumple una garantía que, si sólo atendiera a los tribunales como posibles trasgresores de este

⁵⁴ MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag.152.

⁵⁵ STEDH de 28 de junio de 2008, caso *Lizaso Azconobieta c. España*.

principio, quedaría mutilada por una interpretación demasiado restrictiva del artículo 6.2 CEDH.⁵⁶

Por ello, es perfectamente posible que la entonces Secretaria de Estado Dña. Irene Lozano Domingo pueda haber vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los acusados.

No obstante, continúa el tribunal en la sentencia Lizaso Azconobieta diciendo que el reconocimiento de la libertad de expresión y de comunicación conlleva el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y, por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, sin embargo, estos elementos deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad (*Y.B. y otros c. Turquía de 28 de octubre de 2008*).

Subraya el tribunal en la misma sentencia, la importancia de la elección de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y se haya reconocido culpable de una infracción, en este sentido, viene considerando que lo que importa es el sentido real de las declaraciones y no su tenor literal (*caso Lavents c. Letonia, 28 de noviembre de 2002*). Conviene recordar en este punto como la Sala Segunda del Tribunal Supremo habló de '*torpes en su enunciado y expresión*' respecto a las declaraciones emitidas a la BBC por la entonces Secretaria de Estado.

En todo caso, el TEDH ya señaló en la sentencia de 10 de octubre de 2000, *caso Daktaras c. Lituania* que la cuestión de si la declaración de un agente público constituye una violación del principio de presunción de inocencia debe ser analizada en el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada. En este asunto, el Tribunal entendió que no hay vulneración de la presunción de inocencia pues la culpabilidad estaba establecida por las pruebas suministradas en la instrucción preparatoria y, además, las declaraciones no se hicieron en un contexto independiente al proceso penal, como puede ser una rueda de prensa.⁵⁷

En este contexto, conviene también señalar la sentencia *Marziano c. Italia*, de 28 de noviembre de 2002, donde se indica la necesidad de hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las

⁵⁶ MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag.157.

⁵⁷ STEDH de 10 de octubre de 2000, caso Daktaras c. Lituania.

segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio⁵⁸.

Por último, y volviendo a la sentencia Lizaso Azconobieta, el TEDH observa que las declaraciones del demandado realizadas en rueda de prensa incitaban de una parte al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes.⁵⁹ Frente a ello, el TS en la sentencia 459/2019 dice que las declaraciones lo que realmente reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a tener el enjuiciamiento de unos líderes políticos y que la opinión expresada carece de toda capacidad para influir en la valoración probatoria de la Sala.

En definitiva, si el asunto llega a Estrasburgo, el tribunal se verá obligado a examinar las declaraciones a la luz de las circunstancias concretas, el sentido real y no literal de los términos y si hay apreciación de culpabilidad o bien, simplemente una sospecha.

3.2.3.2. *El derecho de defensa*

Son varias las ocasiones en las que la representación de los acusados invoca la vulneración del derecho de defensa. Lo hace tanto antes de las sesiones del juicio oral, como durante el mismo.

Las garantías expresamente enunciadas en el artículo 6.3 son ilustraciones de la noción de proceso equitativo en ciertas situaciones procesales típicas que suelen darse en materia penal, pero su objetivo intrínseco es garantizar, o contribuir a garantizar, el carácter equitativo del proceso penal en su conjunto. Estas garantías no son pues un fin en sí mismo y deben interpretarse a la luz de sus funciones en el contexto general del procedimiento.⁶⁰

En este sentido, para examinar el derecho de defensa y su posible violación, debemos comenzar por el artículo 6.3 letra a) del CEDH donde se establece que *“todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos [...] a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él”*. El Convenio pretende de este modo imponer a los Estados la obligación de proporcionar al acusado de un delito todo el conocimiento necesario acerca de la acusación y así permitir el concreto y eficaz desarrollo del derecho a la defensa.

⁵⁸ STEDH de 28 de noviembre de 2002, caso Marziano c. Italia.

⁵⁹ STEDH de 28 de junio de 2008, caso Lizaso Azconobieta c. España.

⁶⁰ Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: Diciembre, 2013. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

En este sentido, la información que debe prestarse al acusado ha de ser detallada y formulada en una lengua comprensible. Partiendo de este último presupuesto, la familiaridad del acusado con el idioma empleado para comunicarle la acusación constituye una condición lógica y necesaria para una efectiva articulación del derecho a la defensa.⁶¹ Éste último quedaría anulado y frustrado si el destinatario no pudiera comprender los términos de su acusación.

Resulta interesante el caso *Kamasinski c. Austria* puesto que el demandante denuncia que la acusación no se ha formulado por escrito ni en una lengua por él comprensible. La Corte viene a estimar la falta de traducción como una importante desventaja para el acusado al no conocer los presupuestos fácticos y jurídicos de su incriminación, lo que provoca que no se encuentre en las condiciones necesarias para su propia defensa. Sin embargo, el TEDH finalmente desestimó el recurso. La desestimación atendía a razones como que la sustancia del acto de acusación no presentaba características particularmente complejas o la posibilidad para el acusado de entender la naturaleza de su acusación en un prolongado interrogatorio.⁶²

Asimismo, la Corte Europea ya ha recordado que para demostrar la violación del artículo 6.3 letra a) del Convenio, no es suficiente con alegar la nacionalidad extranjera del acusado y la falta de traducción del acto, cuando el acusado es perfectamente capaz de comprender el idioma empleado en dicho acto.

A la luz de todo lo anterior, parece bastante claro que el TEDH fallaría en el mismo sentido que lo ha hecho el Tribunal Supremo, puesto que, por un lado, los acusados no son extranjeros y por otro, dominan perfectamente la lengua castellana a lo largo de todo el proceso y así quedó demostrado.

En estrecha vinculación con la letra a) del citado artículo, se encuentra lo previsto en la letra e) *“todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos [...] a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”*.

La importancia de esta garantía deriva de que la mera presencia del acusado en el proceso no asegura su participación activa por no estar familiarizado con el idioma empleado en el proceso, y que, por ende, no sea capaz de comprender todo lo que se diga en el mismo.

El precepto trata de sentar las premisas para garantizar dos objetivos fundamentales: lograr la igualdad de condiciones del artículo 6.1 del CEDH a través del seguimiento del

⁶¹ MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag.173.

⁶² STEDH de 19 de diciembre de 1989, caso *Kamasinski c. Austria*.

procedimiento judicial en una lengua comprensible y favorecer un eficaz derecho de defensa. A lo largo de las sesiones del Proceso, los acusados pudieron valerse de dos intérpretes, sin embargo, no lo hicieron.

Continúa la banda argumental de la representación de los acusados invocando la vulneración del derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías, por haberse preparado el juicio en situación de privación de libertad de los acusados, por las dificultades de acceso completo a las actuaciones (no van a tener continuidad en el plenario, por lo que no serán objeto de estudio), y por la denegación de medios de prueba solicitados por los procesados en tiempo y forma.

Respecto al último motivo, el Tribunal reitera en varias sentencias⁶³ que su objetivo, en los términos del artículo 19 de la Convención, es asegurar el respeto de los compromisos adquiridos por los estados contratantes de la Convención. Y que, no le corresponde valorar, en concreto, los errores de hecho o de derecho alegadamente cometidos por un órgano interno salvo si la medida hubiera atentado contra los derechos y libertades salvaguardadas en la Convención. El Tribunal recalca igualmente que, si el artículo garantiza el derecho a un proceso equitativo, no regula, sin embargo, la admisibilidad de las pruebas, cuestión, que corresponde en primer lugar al derecho interno.⁶⁴ Naturalmente, esta tarea conferida a los Estados miembros no se halla exenta de control por parte del TEDH, puesto que toda inadmisión de un medio de prueba carente de motivación o, lo que es lo mismo, con motivación arbitraria, vulneraría el artículo 6.1 en relación con el artículo 6.3 d) del Convenio, según el Tribunal ha declarado aplicando esta doctrina en la sentencia de 22 de abril de 1992 dictada en el caso *Vidal c. Bélgica*.⁶⁵

Hay que recordar como el TS declaró que la vulneración que se denunciaba carecía de todo fundamento, ya que, se vincula a la exclusión injustificada de pruebas pertinentes, mientras que, para el supuesto, no ha habido otra exclusión que la de aquellas diligencias manifiestamente impertinentes, sin conexión procesal con los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

⁶³ Ss TEDH caso Schenk c. Suiza de 12 de julio de 1988, caso Teixeira de Castro c. Portugal de 9 de junio de 1998, caso Jalloh c. Alemania de 11 de julio de 2006 y caso Lee Davies c. Bélgica de 28 de julio de 2009.

⁶⁴ La aportación de medios de prueba para hacer valer durante el plenario está admitida, sin más límites que su declaración de pertinencia.

⁶⁵ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.411.

En lo relativo a la preparación del juicio en situación de privación de libertad, dirá la Sala Segunda del Tribunal Supremo que esto no afecta a su derecho de defensa, puesto que todos los medios de prueba o diligencias de investigación se han podido incorporar a la causa. Siendo la mejor prueba de ello que el Letrado que hace valer la incompatibilidad entre privación de libertad y derecho de defensa no menciona un solo medio de prueba o una sola diligencia de investigación que no se haya podido incorporar a la causa por razón del internamiento que afecta a sus clientes. Además, recuerda que la capacidad de solicitar diligencias de investigación durante la fase de instrucción está expresamente reconocida por el artículo 311 de la LECrim.⁶⁶

Lo cierto es que la defensa de los acusados no menciona una posible vulneración del artículo 5 del CEDH por la situación de privación de libertad de los acusados, sino que se limita a afirmar el efecto pernicioso que esa limitación puede traer consigo en el acopio de las pruebas necesarias para hacer valer su defensa. En este sentido, como ya se ha reiterado con anterioridad, el TEDH no se va a pronunciar sobre si ha habido o no limitación, puesto eso corresponde al derecho interno, sino solamente si el procedimiento ha sido equitativo en su conjunto y si la no equidad ha dado lugar a una vulneración de alguno de los derechos recogidos en la Convención.

Por último, alega la representación de los acusados que, se ha producido una vulneración del derecho de defensa por la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas. Citan como ejemplo las limitaciones hechas valer en el testimonio de D. Roger Torrent, Presidente del Parlament, cuando la Sala no permitió – tratándose de un testigo propuesto por la acción popular- interrogar a la defensa sobre los hechos acaecidos el día 1 de octubre y que él habría presenciado. La Sala se pronunció indicando que un turno de preguntas que no conozca límites, pondría en riesgo que los testigos de descargo se convirtiesen en testigos de cargo. Por otro lado, para hacer más visible la supuesta indefensión, la defensa alegó que el juicio se construía sobre la base de centenares de testigos que nunca han declarado antes en el proceso. Sin ningún tipo de duda la Sala contestó que solo a partir de un erróneo entendimiento del plenario como un trámite en el que se da oportunidad a las partes para ‘ratificar’ ante el tribunal sentenciador lo que ya se ha declarado ante el juez instructor, podría suscribirse a este razonamiento.⁶⁷

⁶⁶ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.131.

⁶⁷ Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, pag.169-172.

La letra d) del artículo 6.3 del CEDH reconoce entre el catálogo de derechos mínimos del acusado, el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.⁶⁸

En este sentido, el Tribunal ha declarado que no es suficiente para un acusado quejarse de no haber podido interrogar a ciertos testigos; es preciso que él apoye su demanda de audición del testigo precisando su importancia y su necesidad para la obtención de la verdad judicial, de tal modo que si el demandante no hubiere demostrado la utilidad de la audición del testigo rechazado, no puede considerarse vulnerado el artículo 6.3.d) del Convenio.⁶⁹ Aunque hablemos de ‘rechazado’, las mismas reglas podrían aplicarse para el supuesto de ‘limitaciones’ a la hora de interrogar al testigo.

Respecto a la idea de que solo pueden ser traídos a juicio aquellos testigos que previamente han declarado en la instrucción, supone una alteración de la funcionalidad de las fases de investigación. Y un retroceso a una visión ya superada por el derecho penal. Existe reiterada y abundante jurisprudencia emanada del TEDH, que se pronuncia sobre la necesidad de que, como regla general, la práctica de la testifical tenga lugar en la vista oral, en audiencia pública y en presencia del acusado, admitiéndose excepcionalmente la validez de declaraciones testificales prestadas en la fase de instrucción (caso de testigos que posteriormente se encuentra ilocalizables o en el extranjero).⁷⁰

Una concepción en sentido contrario pondría en riesgo el principio de contradicción. El TEDH en la sentencia de 12 de febrero de 1985, dictada en el *caso Colozza*, considera que del objeto y de la finalidad del artículo 6, y de la redacción de algunos párrafos del apartado 3, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio.⁷¹

⁶⁸ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.407.

⁶⁹ SsTEDH caso Engels y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976, caso Bricmont c. Bélgica, de 7 de julio de 1989 y caso Perna c. Italia, de 25 de julio de 2001.

⁷⁰ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.427.

⁷¹ STEDH de 12 de febrero de 1985, caso Colozza c. Italia.

3.2.3.3. *El derecho a la doble jurisdicción en materia penal*

Se trata de un principio íntimamente relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque, realmente el artículo 6 del Convenio no regula expresamente esta garantía. No obstante, se encuentra recogida en el artículo 2 del Protocolo Adicional nº 7, de 22 de noviembre de 1984, que contribuye a completar el catálogo de derechos y libertades reconocidos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁷²

Este precepto establece que *‘toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercido, serán regulados por la ley’*.⁷³

Sin embargo, el apartado 2º de este mismo artículo limita su ámbito de aplicación, estableciendo tres grandes categorías de excepciones respecto de este principio que pueden ser adoptadas por legislaciones nacionales, *‘...infracciones penales de menor gravedad, 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’*.⁷⁴

Puesto que, la representación de los acusados en el caso del Procés, invoca la vulneración del derecho a la doble instancia por la intervención directa del Tribunal Supremo sin que quepan recursos contra su decisión, vamos a detenernos en aquellas resoluciones dictadas por el órgano superior en grado. En este supuesto, lo que se entiende es que el conocimiento del caso concreto por dicho Tribunal Superior es, en sí mismo, suficiente garantía para asegurar los derechos del condenado. Esta situación puede verificarse en aquellas legislaciones nacionales donde por la naturaleza del delito o por la cualidad del acusado, se exige la celebración del juicio en una única instancia ante dicho órgano.⁷⁵ La jurisprudencia del TEDH siempre ha considerado, de forma pacífica, legal este tipo de excepciones.

⁷² España firma este Protocolo en la misma fecha de su edición, el 22 de noviembre de 1984, sin embargo, en la actualidad queda pendiente su ratificación. No obstante, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tiene la obligación de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del Protocolo Adicional nº 7, por ser Estado firmante del mismo.

⁷³ Artículo 2.1 del Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁷⁴ Artículo 2.2 del Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

⁷⁵ Véase el artículo 71.3 CE que establece la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como el órgano judicial competente para conocer de las causas penales contra Diputados y Senadores.

En este sentido, resulta de interés señalar el razonamiento que proporcionó la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 18 de Diciembre de 1980⁷⁶, formulando un análisis ponderativo *‘sobre las medidas existentes en el orden jurídico del Estado demandado [Italia], ponderando las desventajas que resultan para los no aforados de no gozar de un segundo grado de jurisdicción en una causa penal en relación con otros fines igualmente legítimos. Para concluir, en dicho caso, que la medida de la legislación interna que excluía la segunda instancia era proporcionada a otros fines legítimos’*⁷⁷. La importancia radica en que se inclinó la balanza en esta resolución a favor de la restricción del derecho a la doble instancia de la persona no aforada por otorgar mayor valor a esos otros fines.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, si finalmente prosperase una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, parecen escasas las posibilidades de obtener un resultado favorable. Partiendo del artículo 2.2 del Protocolo número 7, el derecho a la doble instancia queda excepcionado por conocer del asunto el más alto tribunal, ahora bien, puesto que este no es el juez predeterminado legalmente para los no aforados, el tribunal deberá examinar si la medida es proporcional con otros fines legítimos.

4. CONCLUSIÓN AL JUICIO DE CONTRASTES

Parece que el camino para llegar a Estrasburgo se está acortando, pues el Tribunal Constitucional ya ha abierto la vía para revisar la sentencia del ‘procés’ al admitir a trámite por unanimidad los recursos interpuestos por nueve de los doce líderes independentistas condenados por el Supremo, la mayoría a penas de prisión por sedición. Faltan solo por admitirlos recursos de Oriol Junqueras, líder de ERC y del exconseller Raül Romeva, quienes recusaron a doce magistrados del Tribunal Supremo por considerar que tenían prejuicios ideológicos.

En este apartado final, se van a analizar posibles pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo si un recurso por parte de los acusados contra España llega a prosperar en Europa. En todo caso, no debemos olvidar que para que esto suceda, primero es necesario que el recurso sea admitido a trámite.

⁷⁶ Caso Crociani, Palmiotti, Tanassi y Lefebvre D’Ovidio c. Italia de 18 de noviembre de 1980.

⁷⁷ Se está refiriendo a los fines que protege la institución del aforamiento, a saber, la protección de las funciones del gobierno, la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, entre otros.

4.1. Artículo 6.1 del CEDH.

El Tribunal suele dar respuesta de forma conjunta cuando se alegan vulneraciones del derecho al juez imparcial e independiente, puesto que la imparcialidad es condición necesaria, aunque no suficiente para la independencia⁷⁸, sin embargo, se va a intentar dar una respuesta separada.

Vamos a comenzar con la mencionada vulneración del derecho al juez legal. En este sentido, parece casi imposible encontrar un resquicio por el cual el TEDH estimase una infracción del artículo 6.1 del CEDH. Para el Tribunal de Estrasburgo la designación o nombramiento de los integrantes de un tribunal por el ejecutivo no es determinante para cuestionar su independencia. En esta línea, desestimaré cualquier alegación respecto a la forma de nombrar a los magistrados españoles del TS por parte del Senado y del Congreso. Por ello, para que el recurso de las defensas prospere, sería necesario demostrar que los magistrados del TS han sufrido, por ejemplo, presiones externas (véase imposición de mandatos u obligaciones por parte del ejecutivo). Cuestión que no plantearon las defensas ante el Tribunal Supremo.

Puesto que también se cuestiona la imparcialidad del tribunal, a continuación, abordaremos un posible fallo del Tribunal de Estrasburgo respecto a esta cuestión. Bien es sabido que la imparcialidad subjetiva se presume por el TEDH, y en la práctica totalidad de los asuntos que ha conocido se han reconducido al plano objetivo, más cómodo pues no se ponen en cuestión la existencia de prejuicios personales en el juez.

Por lo tanto, si el TEDH apreciase falta de parcialidad, ésta se imputaría al diseño estructural y orgánico de la justicia.

En este sentido, para dilucidar una posible respuesta, convendría echar la vista atrás y examinar cómo ha actuado el TEDH ante situaciones ‘similares’. Así, en la sentencia de 25 de julio de 2002, *Perote Pellón c. España*, el Tribunal considera que se ha violado la imparcialidad judicial porque dos de los miembros del Tribunal que condena al militar habían intervenido en numerosos actos de instrucción, y, sobre todo, en la decisión de prórroga de la prisión preventiva y el rechazo del subsiguiente recurso de súplica en atención ‘a la gravedad de los hechos cometidos’ y a los ‘sólidos’ y razonables indicios de culpabilidad.⁷⁹

Asimismo, en el caso *Castillo Algar c. España*, de 28 de agosto de 1998, el TEDH también estimó la falta de parcialidad porque dos de los miembros del Tribunal que juzgaron al

⁷⁸ GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.333.

⁷⁹ STEDH de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España.

demandante habían formado parte de la Sala que había confirmado previamente el auto de procesamiento. El auto contenía pruebas que demostraban que el demandante había cometido el delito del que se le acusaba y por ello, el TEDH estimó que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y los temores del demandante podrían considerarse objetivamente justificados.⁸⁰

Resultan especialmente interesantes ambos asuntos. Mientras que la solución dada en el primer caso poco o nada tiene que ver con lo que sucede en el Proceso, la solución emitida por el Tribunal para el caso Castillo Algar c. España, podría alumbrar un ómbice de esperanza para las defensas. Así, si el TEDH estima que la resolución dictada por la Sala de Admisión, dando trámite a la querrela del Fiscal, contenía pruebas que demostrarían la autoría de los acusados, podría admitir la falta de imparcialidad del TS y considerar vulnerado el artículo 6.1. del CEDH.

En lo relativo al juez legal, en sus numerosas sentencias, el Tribunal de Estrasburgo casi siempre entiende cumplida esta condición. No obstante, es difícil que el Tribunal estime lo contrario, puesto que los muy distintos entendimientos de la reserva de ley y del principio de legalidad procesal, dentro de los Estados Miembros del Consejo de Europa no dejan otra salida.

Tomando en cuenta toda la jurisprudencia analizada, el TEDH parece asumir una ‘interpretación elástica’ del concepto de ley, siendo el juzgador nacional quien debe primero y primordialmente asegurarse de la determinación legal.

Y, por lo tanto, solamente estimará el TEDH la vulneración de este derecho cuando el tribunal juzgador sea un órgano no establecido conforme a la voluntad del legislador. Es decir, cuando se infrinja alguna disposición relativa a la creación y competencia del órgano judicial, a la existencia de reglas de procedimiento o cualquier otra disposición de derecho interno cuya infracción convierta en irregular la participación de uno o más jueces en el examen del caso. Sin embargo, el TEDH ya ha reiterado que solo va a intervenir en casos de flagrante violación de la legislación interna y ha recordado también que el artículo 6 del CEDH no concede al imputado el derecho a elegir la jurisdicción que le juzgara.

En este punto y teniendo en cuenta todas las alegaciones hechas por las defensas, expuestas con anterioridad en otros apartados de este trabajo, resulta especialmente difícil apreciar esa

⁸⁰ STEDH de 28 de agosto de 1998, caso Castillo Algar c. España.

violación flagrante del derecho interno. Recordemos algunos de los preceptos y teorías en que se basa el TS para estimar que se cumple el derecho al juez legal.

El artículo 71.3 de la Carta Magna contempla la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para conocer de causas contra Diputados y Senadores.

Asimismo, en virtud del artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevé otorgar carácter preferente al Tribunal que conozca de la causa contra el sujeto aforado frente al órgano que debiera conocer de aquella contra los restantes sujetos. En otras palabras, lo que viene a decir este último precepto, es que en aquellos casos de conexión en los que alguno de los querellados estuviese sometido, excepcionalmente, a un Tribunal distinto del que debiera conocer la causa según las reglas objetivas de competencia, la conexidad goza de preferencia e impide el enjuiciamiento separado de las conductas o sujetos. Se determina de este modo la competencia a favor del Tribunal que corresponda según el aforamiento.

Por último, la Sala Segunda del TS hace referencia a la teoría de la ubicuidad, también criticada por la representación de los acusados. Lo cierto es que, con arreglo a la doctrina mayoritaria, puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado, y esto es perfectamente asumible en nuestro ordenamiento jurídico al no regular el art. 23.1 de la LOPJ esta cuestión. Lo que significa que, los Tribunales españoles pueden estimarse competentes para perseguir tanto las conductas que, iniciadas en España, produzcan su resultado en el extranjero, como aquellas que se encuentren en el caso contrario. Obviamente, para ejercer dicha competencia, los órganos españoles deberán tener a su disposición al autor de los hechos y en caso de no ser así, el reconocimiento de la misma les facultará para solicitar la extradición al país en que se encuentre.⁸¹

Por último, se va a abordar en este apartado la posible decisión del Tribunal respecto a la vulneración o no de la garantía de equidad. Partiendo de variada y numerosa jurisprudencia del TEDH, la garantía de equidad en el proceso se entiende satisfecha cuando se cumplen los principios de contradicción e igualdad de armas, así como el de la motivación en la resolución del Tribunal.

⁸¹ Martínez Sancho, M^o José. *Una reflexión sobre la dimensión internacional de nuestro derecho penal*: [en línea]: Octubre, 2011. Eurojuris, España. Disponible en : <https://www.asociacion-eurojuris.es/una-reflexion-sobre-la-dimension-internacional-de-nuestro-derecho-penal/> [consulta: 26/06/2020]

En el supuesto de que las defensas de los acusados llegasen a Estrasburgo y plantearan una vulneración del principio de contradicción, tendrían que demostrar que, tras cuatro meses de sesiones en las que se han interrogado a las partes, a 422 testigos y se han practicado más de un centenar de pruebas documentales videográficas sobre lo sucedido, no hubo un interrogatorio cruzado y el Tribunal no pudo conocer los extremos fácticos que cada una de las partes quería ofrecer. Lo cual, es casi o sin el casi, muy difícil de demostrar. Y solo en el supuesto de que así fuera, podría el TEDH estimar vulnerado este principio.

En lo relativo al principio de igualdad de armas, es necesario que los jueces en Estrasburgo constaten que alguno de los testigos o peritos ha disfrutado de una posición privilegiada. En este sentido, es arduo constatar alguna similitud entre lo ocurrido en la sentencia *Bönisch c. Austria*, y lo que aconteció en el juicio del Procés. Habría que demostrar el desequilibrio entre los testigos y peritos propuestos por la defensa y aquellos propuestos por la acusación fue especialmente llamativo. No resulta significativamente alarmante que, impedir preguntar a uno de los testigos propuestos por la acusación sobre su ideología política o privar de la posibilidad de realizar apreciaciones valorativas a los testigos de descargo en sus declaraciones pueda suponer una vulneración de este principio, al tribunal no le interesan apreciaciones o valoraciones, si no, declaraciones sobre los hechos lo más detalladas posibles.

4.2. Artículo 6.2 del CEDH.

Partiendo de un amplio elenco de sentencias del Tribunal de Estrasburgo, se plantea la íntima relación de este derecho con otros. Lo cierto es que a menudo el Tribunal no entra en el fondo de la vulneración a la presunción de inocencia, que acaba por no ser susceptible de una valoración autónoma.⁸² No obstante, en este caso, vamos a dar una respuesta independiente de este derecho, y a examinar desde esta óptica si Estrasburgo llegase a estimar su vulneración, sin olvidar las dificultades que esto plantea.

Ya dijo en su día el Tribunal Supremo que las declaraciones de la entonces Secretaria de Estado, son torpes en su enunciado y expresión (sentido literal), pero que atendiendo a su sentido real no vulneran el derecho a la presunción de inocencia. En este punto, se hace necesario mencionar otros criterios que viene entendiendo la jurisprudencia del TEDH para considerar vulnerado este derecho.

⁸² GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pag.369.

En primer lugar, para estimar su vulneración, es necesario que el Tribunal considere que las declaraciones no dejan duda a la culpabilidad de los acusados. En cambio, la culpabilidad de los éstos es muy posible que haya sido perfilada a lo largo del proceso independentista a través de los avisos por parte del Constitucional donde les advertía de las futuras consecuencias de sus actos. En este sentido, las declaraciones no adelantan una posible culpabilidad, y por ello, no han creado un efecto en la opinión pública sobre la culpa de los condenados.

En segundo lugar, y partiendo de las circunstancias en que se hacen las declaraciones, éstas se realizan en un contexto independiente del proceso penal como es la BBC. Si recordamos la sentencia del caso *Daktaras c. Lituania*, el Tribunal viene a entender que las declaraciones no se hicieron en un contexto independiente al proceso penal, y que, por ello, junto con otros argumentos, no había vulneración de la presunción de inocencia. En este sentido, cabe un pequeño resquicio a la posibilidad de que Estrasburgo estime la vulneración del derecho, no obstante, si el Tribunal no llegase a hacer una valoración autónoma del derecho, no parecen muchas, en principio, las oportunidades de que prospere estimar su vulneración.

Es reiterada la jurisprudencia en la que el TEDH entiende este derecho como colateral en relación al artículo 6.1 del CEDH u, otros casos, donde ve la alegación de una vulneración del artículo 6.2 como un ‘concurso aparente’, concluyendo que una vulneración de las garantías del artículo 6.1, dispensa al Tribunal para entrar a valorar los párrafos siguientes. Por lo tanto, si adopta esta óptica, y no estima vulneración de las garantías del artículo 6.1. del CEDH (lo cual es bastante probable), no entrará a valorar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4.3. Artículo 6.3 del CEDH.

Las defensas alegan la vulneración de este derecho en numerosas ocasiones y de formas bastantes variadas. Siguiendo el orden del análisis comparativo (*punto 3.3.3.2*), comenzaremos por la vulneración del derecho de defensa por la no utilización de la lengua catalana durante el proceso y la no traducción simultánea de las actuaciones. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH viene entendiendo que el derecho de defensa no queda vulnerado cuando el acusado es perfectamente capaz de comprender el idioma empleado, aunque no tenga la nacionalidad española. A lo largo del proceso no queda ni un resquicio de dudas sobre el dominio del castellano por parte de los acusados, por lo que, en Estrasburgo una alegación en este sentido no tendría oportunidades de triunfar.

Se invoca la vulneración del derecho de defensa a propósito de la denegación de medios de prueba solicitados por los acusados en tiempo y forma. La regulación de la admisión de pruebas compete a la legislación interna, no obstante, si el Tribunal entiende una denegación arbitraria o no motivada sí que podría estimar vulnerado el artículo 6 del CEDH. El TS declaró que la denegación de las pruebas tiene que ver con su impertinencia y total desconexión procesal con los hechos.

Lo cierto es que, en la sentencia 459/2019, la Sala explica de manera detallada y fundada el porqué de la no admisión, así, por ejemplo, entiende cuando las defensas piden la admisión de una decisión anterior que *'ninguna vinculación puede derivarse de las decisiones dictadas por otro órgano jurisdiccional acerca del desenlace de querellas entabladas por hechos distintos y frente a sujetos diferentes de los que en este caso están siendo enjuiciados'*. En este sentido, las posibilidades de que el TEDH estime vulnerado el derecho de defensa son mínimas.

En relación con la vulneración del derecho de defensa por la situación de privación de los acusados, el Tribunal de Estrasburgo exclusivamente indicaría si el pronunciamiento ha sido equitativo en su conjunto y no sobre el efecto negativo que la limitación a la libertad podría suponer a la hora de presentar las pruebas necesarias. Al respecto, no parece, en términos generales, que el TEDH vaya a estimar que el proceso no ha sido equitativo en su conjunto.

Finalmente, respecto a la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas, para que el Tribunal estimase vulnerado el derecho aquí examinado, hubiera sido necesario que las defensas apoyaran su demanda de audición del testigo precisando su importancia y su necesidad para la verdad judicial. Sin embargo, si el testimonio del señor Torrent era tan importante no se entiende bien la razón por la que no fue propuesto como testigo por las defensas. Con independencia de ello, mal puede hablarse de un testigo indispensable para el esclarecimiento de los hechos cuando su aportación- que hasta ese momento había pasado desapercibida para las defensas- se limitaba a contar su experiencia el día 1 de octubre (hecho sobre el cual han declarado más de un centenar de testigos explicando su experiencia particular). En definitiva, no se han cumplido los requisitos exigidos por el Tribunal, por lo que difícilmente prosperaría esta alegación ante el TEDH.

4.4. Artículo 2 del Protocolo Adicional 7 del CEDH

La regulación de este derecho no está prevista en el CEDH, sino en el Protocolo Adicional 7, ratificado por España en el año 2009. Hasta ese momento, nuestro país no quedaba vinculado jurídicamente por su contenido, no obstante, debía abstenerse de actos que frustrasen el objeto y fin del Protocolo.

Debemos partir de la idea de que, la jurisprudencia del TEDH siempre ha considerado ajustada a derecho la excepción a la doble instancia penal para aquellas resoluciones dictadas por el órgano superior en grado. Por lo que, las quejas de las defensas en este sentido no prosperarían en Estrasburgo. No obstante, bien es cierto que, la excepción se aplica también a los no aforados, a quienes en virtud del artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se extiende la competencia del Tribunal Supremo.

Así pues, y como ya hemos adelantado, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 18 de diciembre de 1980, declaró que es posible restringir el derecho a la doble instancia para la persona no aforada siempre y cuando la medida sea proporcional con los fines protegidos por la institución del aforamiento. Hay una pluralidad de fines protegidos: disuasión de una instrumentalización de la justicia; permitir atribuir el conocimiento de estas causas, especialmente relevantes, a aquellos tribunales que tienen un mayor grado de cualificación y experiencia técnica; garantizar una mayor agilidad y rapidez de la respuesta judicial; la coordinación en la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas; o, entre otros, asegurar una actuación judicial racional y ajustada a derecho en la medida en que dichas causas se atribuyen a aquellos órganos judiciales que están en mejor disposición de soportar las presiones que presumiblemente se producirán durante los procesos.⁸³

Ahora bien, las defensas en ningún momento cuestionan que se hayan incumplido los fines de la institución de aforamiento. Y, además, parece que sí se estaría cumpliendo la garantía de la coordinación en la apreciación de los hechos y de las responsabilidades para cuando hay varios sujetos intervinientes, evitando de este modo posibles resoluciones contradictorias que a la postre afectarían al principio de seguridad jurídica.

Vamos a realizar una última apreciación que podría prosperar en Estrasburgo, aunque las posibilidades de éxito son muy dudosas. Las defensas podrían alegar una violación del artículo 18 del CEDH por el cual se prevé una limitación a la aplicación de restricciones de derechos.⁸⁴ Haciendo una interpretación un poco forzada del artículo 2 del Protocolo Adicional 7, se llegaría a considerar que las excepciones en él previstas se limitan a aquellos supuestos en que la legislación interna ha establecido que la competencia objetiva para

⁸³ MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz. 'El Aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado'. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 437-478.

⁸⁴ *Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.*

conocer de un asunto corresponde al más alto tribunal en primera instancia. Pero, que tal excepción no se podría aplicar a aquellos casos donde se extiende la competencia del más alto tribunal por reglas de conexidad, puesto que no se han incluido inicialmente por el legislador interno.

En definitiva, las posibilidades de éxito son limitadas, pero no inexistentes y por ello, queda una luz de esperanza aún para los condenados. Si Estrasburgo llegase a conocer del caso, su futura resolución tendrá importantes consecuencias dado el carácter mediático y polémico de la sentencia, y quien sabe si España tendría que modificar su legislación interna y acomodarse en cierto sentido a las pretensiones independentistas. En todo caso, para poder conjeturar más habrá que esperar a la decisión y conclusiones del Tribunal Constitucional tras la presentación del recurso de amparo.

BIBLIOGRAFÍA.

BARJA DE QUIROGA, J (Director), LEÓN GARCÍA-COMENDADOR, Alonso, GARCÍA GÓMEZ, Marta y otros. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

Bufete Buades. *Comentarios a la sentencia de 'El procés'* [en línea]: *Noviembre 15, 2019*. Disponible en: <https://www.bufetebuades.com/comentarios-a-la-sentencia-de-el-proces/> 15 de noviembre de 2019 [consulta: 28/03/2020]

CASADEVALL, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

FOSSAS ESPADALER, Enric. "Legislador y derecho fundamental al juez legal". *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2016.

GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, Pablo (Coords). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Herrera Ortega, Sergio. *Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*: [en línea]: *Diciembre, 2013*. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf [consulta: 15/06/2020]

Iniciativa debate. *Comentarios a la sentencia del procés* [en línea]: *Octubre 15, 2019*. Disponible en: <https://iniciativadebate.net/2019/10/15/comentarios-a-la-sentencia-del-proces/> [consulta: 25/03/2020]

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2002.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz. 'El Aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado'. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 437-478.

Martínez Sancho, M^o José. *Una reflexión sobre la dimensión internacional de nuestro derecho penal*: [en línea]: *Octubre, 2011*. Eurojuris, España. Disponible en : <https://www.asociacion-eurojuris.es/una-reflexion-sobre-la-dimension-internacional-de-nuestro-derecho-penal/> [consulta: 26/06/2020]

MILIONE, Ciro. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “¿Hay lugar para la esperanza?”. *EL CRONISTA, del Estado Social y Democrático de Derecho, La Sentencia del proceso*, núm. 82-83, octubre-noviembre 2019, pp. 4-13.

Legislación:

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Constitución Española

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Jurisprudencia española:

Sentencia núm. 459/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Jurisprudencia TEDH:

Caso Merckx c. Bélgica de 13 de junio de 1979

Caso Jorgic c. Alemania de 12 de julio de 2007

Caso Cöeme y otros c. Bélgica de 22 de junio de 2000

Caso Lavents c. Letonia de 28 de noviembre de 2002

Caso Piersack c. Bélgica de 1 de octubre de 1990

Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica de 28 de junio de 1981

Caso H. c. Bélgica de 30 de noviembre de 1987,

Caso Belilos c. Suiza de 29 de abril de 1988

Caso Lizaso Azconobieta c. España de 28 de junio de 2008

Caso Marziano c. Italia de 28 de noviembre de 2002

Caso Dakaras c. Lituania de 10 de octubre de 2000

Caso Crociani, Palmiotti, Tanassi y Lefebvre D'Ovidio c. Italia de 18 de noviembre de 1980

Caso Jasper c. Reino Unido de 16 de febrero de 2000

Caso Hauschildt c. Dinamarca de 24 de mayo de 1989

Caso Campbell y Fell c. Reino Unido de 28 de junio de 1984

Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1988, Eccles, McPhilips y McShane.

Caso Ringeisen c. Austria de 16 de julio de 1971

Caso Delcourt c. Bélgica de 17 de enero de 1970

Caso Padovani c. Italia de 26 de febrero de 1993.

Caso Brandstetter c. Austria de 28 de agosto de 1991.

Caso Kamasinski c. Austria de 19 de diciembre de 1989

Caso Engels y otros c. Países Bajos de 8 de junio de 1976

Caso Bricmont c. Bélgica de 7 de julio de 1989

Caso Perna c. Italia, de 25 de julio de 2001

Caso Colozza c. Italia. de 12 de febrero de 1985.

Caso Perote Pellón c. España de 25 de julio de 2002.

Caso Castillo Algar c. España de 28 de agosto de 1998

Caso Bönisch c. Austria de 6 de mayo de 1986

Caso Schenk c. Suiza de 12 de julio de 1988

Caso Teixeira de Castro c. Portugal de 9 de junio de 1998

Caso Jalloh c. Alemania de 11 de julio de 2006

Caso Lee Davies c. Bélgica de 28 de julio de 2009

Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1988, Eccles, McPhilips y McShane.