

## **El *procés* en la comprensión escénica de la sentencia del Tribunal Supremo**

Luis Arroyo Zapatero

Universidad de Castilla-La Mancha y Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale.

Sorprende la pluralidad de opiniones jurídicas sobre la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *procés*, lo que invita a recurrir a instrumental teórico que suele resultar innecesario en casos comunes, de autor individual, de hecho simples y con resultado y inequívoco, que se abordan en los tribunales sin problema ni dificultad. Estamos aquí en el caso contrario: hechos que no son actos aislados sino una concatenación de muchos de ellos, instados por actores múltiples, en muchos casos en órganos colegiados, perfectamente organizados en su concreción y finalidad por la esfera de mando más elevada de la adopción de decisiones: la Generalitat y el Parlament.

Pero resulta problemática la calificación penal de los hechos, en especial la cuestión de la violencia y el propósito real de los alzados, lo que afecta a la opción entre el tipo de rebelión y el de sedición. Quien suscribe se decidió al tiempo del debate sobre la euroorden con Alemania por la rebelión<sup>1</sup> en cuanto la investigación permitió aflorar con claridad, entre otras cuestiones, el que en la conocida reunión entre los mandos policiales y el presidente de la Generalitat éste no solo se representó que la acción corría el peligro con una seguridad rayana en la certeza de provocar graves violencias, sino que hizo suyo el resultado, para aprovecharlo a fin de declarar la independencia y solicitar el reconocimiento internacional. Conviene pues una explicación sobre algunos aspectos de la sentencia del T.S.

### *La comprensión escénica de un *procés**

Windfried Hassemer nos ofreció en sus Fundamentos de Derecho penal, que tuve el honor de traducir con Francisco Muñoz Conde el 1984 y que la editorial Bosch ha recuperado

---

<sup>1</sup> Luis Arroyo Zapatero, Rebellion and Treason: The family Demons of Europe and the European Arrest Warrant, en "European Criminal Law Review EuCLR 2, vol. 8 2018, Beck &Nomos, Bonn. ISSN 2191-7442, p. 146-151. En Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes, español en Luis Arroyo Zapatero/Adan Nieto/Marta Muñoz, Cooperar y castigar: el caso Puigdemont, Ediciones UCLM, Cuenca 2018, p. 13-20. En alemán e italiano en [www.voicesofspain.com](http://www.voicesofspain.com).

recientemente para toda América, un interesante material teórico de singular utilidad para un caso como el que nos ocupa. Tres son las ideas claves de Hassemer:

a) Los casos no se presentan ante los Tribunales como son en sí, sino como son contruidos entre todos los protagonistas: fiscales, instructores, abogados defensores y acusadores, testigos y miembros del tribunal. Los casos se *construyen*, se *producen*. Las vivencias que sean objeto de enjuiciamiento están sometidas a los límites de la comprensión. La hermenéutica no perdona ni a los hechos, ni a la comprensión de los mismos por los que los ejecutan, y menos a los que enjuician y califican. La respuesta del ordenamiento ante esas limitaciones es el ofrecimiento a los enjuiciados de todas las oportunidades para su defensa, para el esclarecimiento de los hechos y de la visión que de los mismos ellos tengan lo más fundamental es por encima de todo la transparencia. Lo que legitima a las decisiones judiciales no es que se conformen con el relato de los acusados, sino el que los acusados hayan tenido oportunidades suficientes para intervenir en el proceso y defender su interés y punto de vista. Es decir, la limitación de la construcción de los hechos se compensa por esa transparencia y derecho a intervenir en el juicio.

La principal dificultad de los hechos es precisamente que constituyen un “proceso “. El *procés* es una acción colectiva iniciada con un acuerdo político entre los dirigentes de los partidos independentistas para constituir un gobierno que dirigiera la política legislativa y gubernativa a la consecución de un objetivo inequívoco: la república independiente. Desde el Acuerdo para la transición nacional de 2012, ha seguido todo un proceso sistemático de adopción de leyes y políticas orientadas al fin de alcanzar la independencia. La declaración de soberanía y del derecho a decidir el 12 de febrero de 2013; la creación del Consejo asesor para la transición nacional y para la identificación de las infraestructuras estratégicas para impulsar la transición de Cataluña a la independencia y para garantizar en la esfera internacional el predominio de su relato; la redacción del Libro Blanco integrado por 14 capítulos sobre cada uno de los elementos del camino a la independencia; la ley 10, de septiembre de 2014, de consultas populares no referendarias; la ley de referéndum del 6 de septiembre de 2017; la ley 20 de 2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República; el asalto a la Consejería de

Hacienda del 20 de septiembre y la realización del referéndum contra la ley y el Tribunal Constitucional.<sup>2</sup>

b) Los tipos penales no se aplican solo mediante el empleo de las reglas simples y sencillas de la lógica de la subsunción. Los tipos son lo que en ellos ha leído la jurisprudencia y la doctrina, lo que estos han construido sobre ellos, lo cual precisamente no está disponible en las figuras nuevas o renovadas y hasta ahora nunca aplicadas, como son las de nuestro asunto.

En pocas ocasiones se ha podido observar una acción ilegal continuada de modo tan transparente en sus elementos y en sus objetivos como en el *procés*. Pero también conviene tener en cuenta que este proceso se ha verbalizado y escrito y desde la enmascaradora “ley de la astucia”. Los actores independentistas no sólo han tenido un claro propósito, sino que sistemáticamente han enmascarado la calidad de sus acciones a base de una pretendida astucia, lo que dificulta severamente su “comprensión”. Joan Coscubiela, un actor de relieve, dirigente de Comisiones Obreras y diputado primero en las Cortes y luego en el Parlament, ha denunciado de modo contundente este sistemático recurso a la mentira a través de la astucia<sup>3</sup>

c) Las pruebas se presentan ante el tribunal tras un largo proceso selectivo por parte de fiscales, acusadores, instructores y defensores, lo que solo permite presentar una realidad seccionada, que no incluye todos los elementos de las acciones y de las voluntades y propósitos que las guías, en no pocas ocasiones por no conocerse antes del juicio algunos de los elementos. En ocasiones el problema es más difícil por estar los tipos íntimamente relacionados con otros que encapsulan parcialmente espacios comunes como es el caso de los delitos de rebelión y de sedición. La declaración más esclarecedora y contundente sobre los propósitos de los alzados la ha realizado el presidente Torra, pero después de los hechos del *procés*, a principios de este año, y ni en el 2017 era alguien de primer plano ni las declaraciones de marras se podían incorporar al juicio.

d) El juicio que se hace por un tribunal está limitado y determinado por las anteriores reflexiones que se corresponden con las leyes de la teoría de la ciencia aplicada a la legislación y a la jurisprudencia. En una sociedad de medios de comunicación de masas

---

<sup>2</sup> Dos buenos relatos son el de la corresponsal de *Le Monde* Sandrine Morel, *El huracán catalán*, Planeta, Barcelona 2018 y el más reciente aún de Antoni Bayona, *No todo vale: la mirada de un jurista a las entrañas del procés*, Península, Barcelona 2019.

<sup>3</sup> Joan Coscubiela, *Empantanados. Una alternativa federal al sóviet carlista*, Atalaya, Barcelona 2019.

que introduce la información en directo en sus telediarios aleja hoy más que nunca por su aparente proximidad la comprensión social de la comprensión judicial de las cosas.

### **Los hechos y los tipos: entre rebelión y sedición. La vía eslovena.**

Tres son los hechos más relevantes y susceptibles de discusión a los efectos de la calificación jurídica.: El propósito de los autores y la conciencia y voluntad de la violencia típica. Ambas exigencias han de leerse en dos textos, solo uno de los cuales ha comparecido en el juicio: el encuentro del presidente con su consejero y los mandos policiales Durante el cual ante la demanda de estos de que se suspendiera la realización del referéndum ante el riesgo de que se produjera una gran violencia, y no podrían referirse a otra cosa que al empleo de las armas, el presidente aceptó este resultado, no se abstuvo de correr el riesgo y, además, declaró que si esa violencia se producía declararía entonces la independencia para solicitar también el reconocimiento internacional, un asunto para el que habían trabajado de modo sistemático en otro juego de la astucia: la representaciones en el extranjero convertidas en DiploCat.

El segundo elemento relativo al propósito de los alzados no se ha producido en el juicio, pues la astucia lleva los llevó a ocultar cuidadosamente que ese objetivo era llegar al enfrentamiento mortal con las fuerzas de seguridad del Estado. El presidente Torra, que dice toda la verdad, quizá porque carece por completo de astucia, lo ha formulado paladinamente: ellos, el gobierno del alzamiento, perseguían la *vía eslovena*, que, como es sabido incluye los muertos, con los cuales se alentaría algún tipo de reconocimiento internacional. Al final el alzamiento no era tan posmoderno como se creyó. Pero ni Torra compareció para este asunto ni nadie invitó a reproducir lo que era vox populi en Cataluña, a partir de la verbalización sistemática de esa senda eslovena en la radio y televisión catalana. Así lo narró sorprendida la periodista francesa de Le Monde Sandrine Morel en su valiosa crónica *El huracán catalán*.

Conviene precisar aquí que el gobierno de eslovenia en los inicios de la crisis yugoslava organizó un referéndum ilegal en el que participó bien es cierto el 60 % del censo y declaró la independencia con un 94 % de votos favorables a ésta. Los gobernantes suspendieron los efectos de la declaración para negociar con el gobierno federal desde

una posición de fuerza, pero al cabo de las de los meses este decidió intervenir y se produjeron casi 100 muertos en enfrentamientos armados por ambas partes, muertos que les permitieron obtener la tutela y el reconocimiento de otras naciones, en primer lugar, el de Alemania <sup>4</sup>. Lo decía paladinamente ya en 2016 Quim Arrufat, secretario general de la CUP, al declarar que que la convocatoria del referéndum serviría “como mínimo para hacer entrar en confrontación antidemocrática al Estado español y haría que éste tuviera que recurrir a algún tipo de fuerza y legal o incluso de la fuerza bruta”. Sin duda alguna, la ausencia de estos datos da pie a entender que los dirigentes del *procés* no tenían esa gravísima violencia en su cabeza, sino “tan solo“ la pretensión de forzar al Estado a negociar. Es este un asunto capital, pues sin él se diluye la violencia y el dolo directo de imponer la independencia a través de ella, lo que abre paso franco a la calificación por parte del Tribunal Supremo de todos los hechos como sedición.

Ni el que suscribe ni otros tuvieron fortuna al querer ver en el *procés* un golpe de estado en los términos de Kelsen: la sustitución por la fuerza de un ordenamiento jurídico/constitucional por otro. Lo que ocurre es que la vorágine de los acontecimientos no permite a veces observar los elementos que construyen el conjunto. Pero el golpe de estado se produce el día en el que se modifica el reglamento del parlamento, con una votación ilegal por la que se había abría el camino aprobar leyes por mayoría simple, aunque fuera sobre materias que requerían por sí mismas y por el *Estatut* mayorías cualificadas. Resulta grotesco que la “constitución aplicada”, de Cataluña – que es como se llama a los reglamentos de las cámaras- permitiera adoptar legislación tan relevante con una mayoría que no serviría para elegir ni al defensor del pueblo o que modificara el propio estatuto de autonomía como lo hacía la ley de desconexión. Esa fue la técnica del golpe de Estado de Hitler en 1932 con la modificación del reglamento del Reichstag.

Sobre la aplicación de los tipos penales de rebelión y sedición conviene precisar dos argumentos. El primero es relativo a la interpretación llamada de la voluntad del legislador, de suma relevancia, pero que no debe confundirse con la interpretación de “un legislador “. Las conocidas sesiones de Cortes en las que se adoptó el elemento “violencia“ en el tipo de rebelión no permite concluir otra cosa que lo que se quería excluir por el legislador de la incriminación de referencia era que alcanzara a las declaraciones en pro del cambio constitucional o incluso de la independencia realizadas sin el concurso

---

<sup>4</sup> Para ambas referencias v. Sandrine Morel, cit., página 122.

de la violencia, fuerza o intimidación para imponerla. En segundo lugar, cuestión bien diferente es cual sea el alcance del requisito de esa violencia que es lo que determina el Tribunal Supremo con precisión tomando en consideración los hechos “producidos” en el juicio, con lo que se puede muy bien estar de acuerdo, aunque se podrían hacer precisiones a la “cantidad” o grado de la violencia necesario para integrar el tipo de la rebelión, en mi opinión excesivamente restrictivos: “La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, pre ordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes” (STS. p. 267).

Bastaría que en el seno de un tribunal surgiera de la duda sobre si la acción típica se corresponde con la rebelión o con la sedición para que debiera optarse por la calificación en principio menos gravosa y plenamente integrable en el tipo, como se ha hecho en este caso. Pero la decisión unánime del tribunal no es solamente consecuencia del principio enunciado, sino correspondencia con un especialísimo valor que ha de regir los juicios en única instancia en los que por definición no hay apelación posible, por haber sido enjuiciados por el Tribunal Supremo a consecuencia de la naturaleza muy grave de los hechos y del estatuto jurídico de los principales acusados, para los que el ordenamiento reserva el enjuiciamiento con la máxima garantía, que es la que ofrece el supremo tribunal.

### **Eludir el efecto disuasorio en el ejercicio de derechos fundamentales en la aplicación de la ley penal**

El mandato de la interpretación de modo conforme a la Constitución ha permitido formular el principio de que en aquellos supuestos en los que la conducta objeto de la descripción típica pueda coincidir con la realización por el autor de un derecho fundamental como el de reunión, manifestación, opinión o el de la huelga, debe interpretarse el tipo con la más cuidadosa ponderación. Son figuras que he llamado<sup>5</sup> “tipos de conflicto interno trascendente” y su singularidad estriba en que el intérprete está especialmente obligado a identificar el conflicto entre derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos y a ponderar con equilibrio sumo el conflicto, cuestión que puede determinar hasta la justificación o al menos la atipicidad de la conducta. Valga como

---

<sup>5</sup> “La distinción entre cuestión de mera legalidad ordinaria y cuestión de constitucionalidad”, en *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*, Juricentro, Costa Rica, 1992, p. 567-575.

referencia a la cuestión el portentoso diálogo entre el voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas en la STC 136/1999, de 20 de junio (Caso Mesa Nacional de Herri Batasuna) en que entiende que toda aplicación de la ley penal ha de ser eminentemente disuasoria y, en sentido contrario, el de Juan Antonio Xíol Ríos que considera que "la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales" (voto particular STC 177/2015, de 22 de julio, en relación a la quema de retratos del Rey).

Pero en realidad no hay en nuestro asunto ejercicio de derecho fundamental alguno de cuyo ejercicio se disuada, pues el que alegan los dirigentes del *procés* no es otro que el "derecho a decidir", cuya radical inexistencia declara de modo detallado y rotundo el Tribunal Supremo, tanto en el marco jurídico internacional, como en el nacional o el estatutario, lo que conocía perfectamente también ya cualquier persona jurídicamente formada. Tal comprobación se realiza cuidadosamente por el Tribunal sobre cualesquiera otros derechos fundamentales que alegan los acusados, para llegar siempre a la misma conclusión encauzada sobre doctrina constitucional y convencional: lo que se incrimina no es el ejercicio de ningún derecho o libertad sino el alzamiento tumultuario para impedir... o imponer una (negociación) secesión. (STS, apartado 17. Ap. 3.2, p. 199 y sigs).

### **La unanimidad del Tribunal y el enjuiciamiento en única instancia.**

Hassemer nos recuerda que el recurso de apelación no se fundamenta en que la segunda instancia pueda permitir obtener un grado más elevado de "verdad", sino en que puede resolver las dudas que genera todo tipo de "comprensión escénica". El consenso en la valoración jurídica de los hechos es particularmente relevante en el caso de la instancia única del Tribunal Supremo, pues ofrece la garantía de que la repetición del proceso difícilmente alcanzaría otra verdad. Si el juicio de los 7 magistrados es unánime, resulta innecesaria y justificada la ausencia de reproducción del proceso, pues difícilmente se alcanzarán mejores condiciones externas para la comprensión de los hechos y la significación típica de las conductas, por la combinación de la absoluta y radical transparencia de todo el juicio oral, retransmitido en directo por la televisión, y por la

conurrencia en la sala segunda del Tribunal Supremo de la máxima cualificación de los juristas.

### **Punto y seguido**

Seguramente la sentencia llegara al Tribunal Constitucional, que no necesitara de mucha reflexión para captar lo que ha sido un alzamiento tumultuario contra el gobierno, las decisiones judiciales y las del propio alto Tribunal. También llegara al Tribunal de Estrasburgo y allí se sorprenderán de que el juicio haya sido retransmitido en directo, por vez primera en la historia europea, y con el cumplimiento detallado en la propia sentencia de los estándares que el mismo Tribunal ha proclamado como requisitos de un proceso penal con un grado de precisión extraordinario. Pero aquí seguiremos con asuntos viejos y nuevos. Entre los primeros se cuenta el devenir de las euroórdenes reactivadas, asunto que seguirá dando disgustos, y para lo que habría que intentar por parte del Consejo General del Poder Judicial que se acompañen los magistrados instructores de un aparato de funcionarios competentes como los de la propia fiscalía, o de estos mismos. Su ausencia o carencia y la soledad e incomunicación del juez en materias tan poco conocidas son fuente de buena parte de los problemas que se han venido planteando. También merece preocupación el régimen penitenciario y su aplicación a los condenados en la administración penitenciaria catalana. Una actuación que pudiera ser vista en general como partidista y arbitraria podría poner en cuestión no solo la responsabilidad -incluida la penal- de sus máximos responsables, sino también la propia normativa penitenciaria, Ley y Reglamento, cuya afectación tendría consecuencias perniciosas para nuestra benéfica Ley General. Y lo que es peor, debe preocupar si siguen los dirigentes del *procés* con sus “ensoñaciones” y convocando a “apretar” y a “repetir”. La sentencia del Tribunal Supremo ha ofrecido una base muy medida para regir el futuro. La ley penal es pesada, pero puede aligerarse, sólo si hay propósito de regreso a la vida en comunidad.