

## **Voto particular que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 1621-2020**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 92 LOTC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto, que recoge mi discrepancia con la desestimación de algunas quejas de la demanda y, por tanto, con el fallo de la sentencia. Mi desacuerdo se refiere a tres motivos de inconstitucionalidad planteados por los demandantes. Cuestiono, en primer lugar, la consideración de que la justificación fáctica de la resolución judicial objeto del recurso sobre el delito de sedición respeta los requerimientos del derecho fundamental a la presunción de inocencia en materia de deber de motivación y suficiencia probatoria (art 24.1 CE), déficit que se proyecta sobre la razonabilidad de la subsunción que exige el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). En segundo lugar, considero que la pena de prisión impuesta a los demandantes resulta desproporcionada y afecta al derecho fundamental a la legalidad sancionadora en relación con los derechos de libertad personal, libertad ideológica y reunión y manifestación (arts. 25.1, 17.1, 16 y 21 CE). Y, por fin, tampoco comparto la irrelevancia constitucional de la decisión del órgano jurisdiccional de dictar sentencia y ejecutar la pena de prisión sin otorgar efectos suspensivos a la cuestión prejudicial que había formulado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de la inmunidad como europarlamentario del Sr. Junqueras Vies, pues estimo que se vulneró el derecho a la representación política y a un proceso con todas las garantías (arts. 23.2 y 24.2 CE).

En este voto voy a atender al primer motivo de discrepancia, que gira sobre el proceso argumentativo de la decisión sobre los hechos, tanto en lo referido a las exigencias de motivación y de suficiencia de la prueba que integran el derecho a la presunción de inocencia como en la razonabilidad de la subsunción del hecho probado en el concepto clasificatorio del delito de sedición. Sobre los otros dos motivos, suscribo el voto disidente que formula el vicepresidente Sr. Xiol Ríos, cuyas razones comparto.

### *I. Derecho fundamental a la presunción de inocencia, deber de motivación de los hechos y suficiencia de la prueba*

La demanda de amparo se fija en las operaciones que el Tribunal Supremo ha realizado en materia de enunciados de hecho en la sentencia núm. 459/2019, de 14 de octubre, que conectan de manera intensa los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la legalidad penal. Operaciones que se concretan en el juicio que desemboca en la afirmación del hecho probado, la tesis fáctica que elige el juzgador como resultado de la prueba, y en la subsunción de la conducta

atribuida a los acusados en la definición del presupuesto fáctico que en abstracto prevé el tipo penal de sedición. Sin perjuicio de insistir en la conexión entre esas operaciones y, por ende, la afectación a ambos derechos, comenzaré el análisis con las carencias lesivas del derecho a la presunción de inocencia.

### *1. Presunción de inocencia. Juicio fáctico y justificación*

#### *1.1. El juicio sobre los hechos*

El derecho fundamental a la presunción de inocencia impone requerimientos precisos a la actividad jurisdiccional en el enjuiciamiento del hecho y su motivación para garantizar la sujeción del juez a la legalidad como única fuente de tipificación de conductas (art. 120.3 y 25.1 CE). El razonamiento judicial sobre la cuestión fáctica abarca desde la determinación del hecho presupuesto en la norma -una tarea de interpretación y clasificación- y la definición de la hipótesis o las hipótesis objeto de enjuiciamiento, hasta la afirmación del hecho probado y su subsunción en el marco de sentido que representa el tipo penal. Las labores de reconstrucción e interpretación de los enunciados sobre los hechos en litigio y la actividad probatoria constituyen el momento en que el juez tiene mayor potestad de elección, donde es más soberano porque goza de gran capacidad de disposición y, por lo tanto, de difícil control desde el estándar de razonabilidad. Porque en sede del proceso penal las garantías de verdad, y las proposiciones fácticas se deben al valor verdad entendido como correspondencia con la realidad, son garantías de libertad. Correspondencia semántica entre la enunciación del hecho del pasado y los asertos que son producto de las inferencias probatorias, pues para controlar un juicio se necesita otro con el que compararlo. De la explicitación de este proceso decisor depende la posibilidad de que el condenado conozca las razones de la condena y que la decisión sobre la convicción del tribunal pueda ser controlada y aceptada, al tiempo que constituye condición de legitimación del poder judicial.

La doctrina constitucional afirma que la presunción de inocencia consiste en el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas y suficientes. Lo que exige, según el canon de control de razonabilidad, no solo una mínima actividad probatoria desarrollada con respeto a las garantías del proceso debido (esencialmente, contradicción y posibilidad de intervención defensiva) sino también la suficiencia de la prueba sobre todos los elementos del delito, que permita inferir razonablemente el hecho y la intervención del acusado (vid. entre muchas, las SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). La vulneración del derecho

fundamental se podrá constatar, entre otros supuestos, por falta de motivación del resultado de la valoración probatoria o cuando no fuere razonable el paso inferencial que lleva de la prueba al hecho probado, porque sea ilógico o insuficiente.

Toda actividad probatoria demanda una argumentación inferencial, que implica el paso de las premisas (hipótesis sobre el hecho a probar, rendimiento individual y global de los medios de prueba, datos o elementos probatorios obtenidos) a la conclusión (enunciación del hecho probado como mejor hipótesis de explicación), y la justificación del proceso decisorio. Por su similitud, puede proyectarse a la motivación fáctica la estructura de valoración elaborada por la doctrina constitucional con ocasión de la prueba denominada de indicios (por todas, STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8). Esta doctrina pide que se acrediten los hechos básicos que sirven de indicador y se analice la plausibilidad del juicio de inferencia que lleva de ellos a la afirmación de los hechos delictivos, lo que se ha de explicitar en la motivación. Los criterios de valoración de la razonabilidad son la coherencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se pretenda derivar o no lleven con naturalidad a él, con arreglo a las reglas de la lógica o la experiencia, y la solidez o suficiencia, que se vulnera cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa, en la que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada. Si no se motiva, no podrá hablarse de coherencia ni de solidez, de modo que la motivación es condición de razonabilidad. Para acreditar los hechos básicos o datos probatorios -primer paso de la actividad de justificación- es menester exponer el razonamiento que ha permitido al tribunal otorgar una cierta eficacia a cada uno de los medios de prueba, individual y globalmente considerados. Y, segundo paso para justificar la inferencia, fundamentar la elección de la hipótesis fáctica que ha obtenido un grado superior de confirmación o respaldo en las pruebas.

A partir de estos criterios voy a analizar críticamente la decisión judicial a la que se imputa la lesión del derecho fundamental y la sentencia de la que disiento.

### *1.2. Falta de una verdadera tesis fáctica subsumible en el tipo*

Los demandantes se quejan de la ausencia de valoración de la prueba, lo que habría lesionado su derecho a la presunción de inocencia. La sentencia de la que discrepo no desestima de manera convincente esta tacha de inconstitucionalidad, que tiene varias dimensiones.

El primer análisis que requiere el respeto a la presunción de inocencia como regla de juicio recae sobre si se ha definido con una mínima precisión la hipótesis a probar, los hechos objeto de la actividad probatoria. Su relevancia es tal que supone el punto de partida para justificar el

rendimiento individual y global de los medios de prueba y el juicio de inferencia sobre los enunciados de hecho. La definición de la hipótesis con la mayor precisión posible es imprescindible para establecer el referente empírico que va a guiar todo el proceso de la prueba y de la decisión sobre el hecho; además, permitirá al acusado defenderse, orientar su intervención en la producción de la prueba y conocer la razón de su condena, y también hará posible el control sobre las elecciones y decisiones del tribunal, para comprobar que ha respetado la obligada vinculación a la ley como fuente de la definición de los delitos y de las penas (art. 25.1 CE).

Considero que la STS 459/2019, a la que se imputa la lesión, no contiene una tesis fáctica con suficiente precisión que haga posible el entendimiento de por qué concretas conductas y con relación a qué hechos han sido condenados los demandantes. Porque describe acciones, conductas y acontecimientos tanto en el apartado de “Hechos Probados” como en el de “Fundamentos de Derecho”, una singular ordenación de la justificación de la decisión que tiene su importancia para identificar correctamente la tesis. Además, se recogen enunciados de hecho que están cargados de valoraciones y de opiniones -más allá de la necesaria connotación jurídica del hecho por el tipo penal que le da sentido- que, como se sabe, no pueden funcionar como referente empírico del juicio, pues carecen de valor verdad y no tienen aptitud para ser objeto de verificación. La descripción de los hechos hace difícil distinguir qué conductas considera relevantes la sentencia desde el marco de comprensión que ofrece el tipo de la sedición y su conducta nuclear, la del alzamiento público y tumultuario, y cuáles responden a un protagonismo periférico, secundario o contextual, o incluso son irrelevantes. El lector tiene que hacer grandes esfuerzos, como demuestra la sentencia de este Tribunal en las que se desestima el recurso de amparo, para intentar perfilar los hechos y las conductas que se pueden corresponder con el molde que presenta el delito de sedición. Un molde, el del tipo, de gran indeterminación semántica, sin antecedentes interpretativos desde que fuera resituado en el nuevo Código Penal entre los delitos contra el orden público y que ha propiciado entre los comentaristas versiones incompatibles sobre el alcance de lo prohibido. Motivo para que el aplicador extreme el esfuerzo de precisión y justificación.

La objeción se puede desarrollar sobre tres momentos de la construcción de la tesis fáctica de la sentencia: (i) el capítulo dedicado a describir los hechos probados no prioriza cuáles son relevantes desde la óptica de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, (ii) contiene numerosas valoraciones y juicios axiológicos que desvirtúan su capacidad empírica, (iii) hay acontecimientos y acciones que se recogen fuera de la sección específica sobre los hechos;

deficiencias que conducen a (iv) una indeterminación incompatible con la precisión sobre los hechos que demanda el derecho a la presunción de inocencia.

### 1.2.1. *La tesis fáctica no identifica el hecho principal ni los hechos primarios*

En efecto, el relato de hechos no selecciona el o los hechos principales y, dentro de esta categoría, los hechos primarios o tema de la prueba, que constituyen propiamente las conductas de alzamiento tumultuario, para distinguirlos de otros que podrían tener un carácter secundario, periférico o contextual, de modo que no es posible identificar cuál es el presupuesto que luego se tratará de subsumir en el tipo penal de sedición. La lectura de la sección “Hechos Probados” no permite despejar si el alzamiento o la sublevación abarcaría todo el proceso político de producción de normas destinadas a propiciar la celebración del referéndum que concluyó con la declaración de la república o solo los actos públicos que concentraron en las calles de Cataluña a multitudes de personas para protestar contra las decisiones judiciales o para votar, que tuvieron lugar los días 20 y 21 de septiembre y 1 de octubre. Los demandantes inquietan sobre esta cuestión, porque la propia factura del predicado de hechos de la sentencia no facilita la necesaria distinción. El apartado de nuestra sentencia que se ocupa de la cuestión reproduce literalmente y reordena los enunciados sin lograr disipar la incógnita de manera convincente, y con el peligro añadido de deslizarse fuera de lo que es un enjuiciamiento constitucional de amparo.

Así, se ignora la relevancia que muchas de las informaciones recogidas en el Hecho Probado pudieran tener a los fines de la subsunción desde el prisma del verbo nuclear del delito de sedición interpretado por el tribunal (alzamiento tumultuario o en abierta hostilidad, por la fuerza o fuera de las vías legales, para impedir el ejercicio de la autoridad) y desde el propio bien jurídico que protege (según el concepto clasificatorio de la sentencia, la paz pública como expresión del orden público). Ocupan buena parte de este apartado: las dos leyes autonómicas de regulación del referéndum de autodeterminación y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, su tramitación y anulación, los reglamentos de desarrollo, la pregunta sometida a consulta, el resultado de la votación, la configuración del censo y de las mesas en los colegios electorales, la comunicación del presidente de la Comisión de Venecia, el acuerdo de la Junta Electoral Central negando que se hubiera celebrado un referéndum, la comparecencia del presidente de la Generalitat ante el Parlament el 10 de octubre, la suscripción fuera del salón de plenos de una declaración de independencia por los grupos parlamentarios de la mayoría, la presentación de propuestas de resolución para declarar la independencia y el inicio de un proceso constituyente, su tramitación y votación, el acuerdo del Senado disolviendo la cámara autonómica

y cesando a todos los miembros del gobierno, los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutario.

Sin embargo, lo que debería ser foco de especial atención para describir las conductas propias de la sedición, según el tipo interpretado, solo cuentan con descripciones sintéticas y genéricas referencias. Sobre el 20 de septiembre y el 1 de octubre: dos de los acusados “convocaron a la población a que compareciera ante la sede de la Consejería”, “los manifestantes habían rodeado por completo el edificio impidiendo a la comisión judicial la normal realización de sus funciones”, “los acontecimiento se desarrollaron con la presencia de una cifra próxima a 40.000 manifestantes, que se agolpaban en un ambiente en el que coexistían los gritos reivindicativos, contrarios a la presencia de la comisión judicial, y los actos lúdicos”, “las entidades sociales que animaban la convocatoria montaron una tarima y repartieron agua y bocadillos”, “la movilización impidió que la Guardia Civil pudiera introducir en el edificio a los detenidos (...) También impidió que pudiera ser atendida la orden judicial con plena normalidad. Los vehículos de la Guardia Civil (...) terminaron con importantes destrozos”, “la efectiva dispersión de los últimos manifestantes tuvo lugar, ya entrada la madrugada”, “el entonces jefe de la brigada antidisturbios de Mossos (BRIMO) pudo comprobar por sí la ingente multitud que se agolpaba a las puertas de la Vicepresidencia y Consejería de Economía, hasta el punto de que consideró, en términos de seguridad ciudadana, imposible su desalojo”, “Hechos similares orientados a impedir el funcionamiento normal de la Administración de Justicia tuvieron lugar”, “se concentraron 400 personas que impidieron la salida del vehículo policial durante unos 15 minutos”, “la congregación de 200 personas en actitud hostil (...) Cuando fue sacado del edificio el detenido (...) las personas congregadas Intentaron sustraerlo del control de los agentes y el vehículo oficial fue zarandeado y golpeado”, “la actitud hostil de un grupo de entre 200 y 250 personas”, “Asimismo, se produjeron incidentes en registros realizados en la localidad de Berga”, los condenados “expresaron por los medios sociales mensajes de solidaridad, afecto y compromiso y expresiones de agradecimiento animando a la participación activa en el referéndum declarado ilegal, y estimulando la presencia masiva de ciudadanos en las urnas, pese a conocer que las Fuerzas de Seguridad del Estado habían recibido la encomienda específica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de impedir su celebración”, “En el cuartel de (...) se congregaron 300 personas que llegaron a cortar la circulación”, “Ese mismo día se produjeron concentraciones hostiles ante los cuarteles de (...) y se rodeó el cuartel de (...)”, “El 1 de octubre de 2017 multitud de ciudadanos (...) se apostaron en los centros”, “En diversos lugares de la geografía catalana se produjeron enfrentamientos entre miembros de las fuerzas de seguridad y

ciudadanos que participaban en la emisión de voto, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes”, “En la mayoría de los casos, ante la oposición decidida de los numerosos grupos compactados de personas que protegían el centro y que se negaban de forma rotunda a acatar la orden judicial”, los agentes “se vieron obligados al uso de la fuerza legalmente prevista. El enfrentamiento entre ciudadanos y agentes de la autoridad derivó en lesiones que, en numerosos casos, exigieron asistencia facultativa”.

En esas frases se describe la tesis fáctica que luego se subsume en el marco penal de la sedición. La imprecisión objetiva y subjetiva de la descripción de la conducta de los manifestantes debilita su capacidad para ser comparada con el presupuesto fáctico del tipo de sedición, interpretado por el tribunal, y permitir la tarea subsuntiva, que consiste en comprobar la correspondencia entre el hecho y el supuesto normativo. En seis párrafos se sintetizan acontecimientos fundamentales que después se considerarán conductas de alzamiento tumultuario. A lo que se añade la dificultad de verificar descripciones tan genéricas de los hechos, que emplean los mismos verbos del tipo (impedir) o las equivalencias que el tribunal utilizará una vez interpretado (tumultuario significa hostilidad).

### 1.2.2. *El relato de hechos contiene valoraciones que no facilitan la labor de verificación*

La exposición de Hechos Probados no describe hechos empíricos porque se integra en ocasiones de valoraciones y juicios de opinión, algo que forma parte de la queja que se descarta en nuestra sentencia con el argumento de que no prejuzgan la decisión. Recogeremos varios ejemplos de ello.

(i) “Era indispensable conseguir la movilización de miles y miles de ciudadanos que, en un momento determinado, pudieran neutralizar cualquier manifestación de poder emanada de las autoridades judiciales y gubernativas del Estado”. Al margen de que esta proposición lleva la forma de un juicio de valor, por lo que resulta de difícil comprobación por los medios de prueba, no se encuentra en la sentencia el respaldo que lo sustenta.

(ii) Tampoco puede someterse a prueba un juicio de valor como el que se recoge aquí: “La desleal actuación del acusado Sr. Forn tuvo como efecto que los centros [colegios electorales] no fueran sustraídos a la disponibilidad de los ciudadanos llamados a movilizarse para gestionar y hacer posible la jornada de votación. Con esa actitud se evidenció la firme decisión de la Consejería bajo la dirección del acusado Sr. Forn, no solamente de no impedir la votación, sino, antes bien, de que los criterios policiales allí expuestos garantizaran su efectiva realización, ante la fácil

previsión de que los ciudadanos convocados y llamados a ello desatenderían cualquier requerimiento de los Mossos d'Esquadra y les impedirían tanto el cierre de los centros como el acceso pacífico a ellos”.

(iii) Otros ejemplos. “Ese mismo día se produjeron concentraciones hostiles ante los cuarteles de Guardia Civil y Policía Nacional de Manresa y se rodeó el cuartel de Sant Andreu de la Barca. Con anterioridad se habían desarrollado incidentes en los que algunos ciudadanos, con marcada hostilidad, increparon” a los agentes. No podemos comprender qué realidad verificable describen los sintagmas “concentraciones hostiles” y “marcada hostilidad” referido a la conducta de grupos humanos reunidos para protestar contra la ejecución de decisiones de la autoridad, sobre todo si -como figura en un relato de hechos probados y no en un enunciado normativo- nos atenemos al significado del término hostil y hostilidad, que remite a enemigo, el primero, y a agresión armada de un grupo, el segundo, adjetivo y sustantivo propios del lenguaje de los conflictos armados. ¿Qué denotan aquí? La sentencia lo traduce en la fundamentación jurídica como equivalencia de tumultuario.

### 1.2.3. *Enunciados fácticos que no están en el apartado correspondiente*

Hay hechos de los que se da cuenta sucinta y exclusivamente en los fundamentos de derecho de forma desubicada, que de manera poco ortodoxa nuestra sentencia recoge y les otorga ese estatuto. Son muchos. Un ejemplo que se encuentra en el Juicio de Autoría: la comisión judicial, la letrada de la Administración de Justicia y los trece guardias civiles, “se vieron privados de su libertad de movimientos” al tener impedida la entrada o salida del edificio (p. 361). Afirmación grave que insólitamente no aparece en el hecho probado y que carece de justificación probatoria.

### 1.2.4. *La importancia de la precisión del aserto sobre los hechos para la justificación del razonamiento y su control*

El caso que ocupa a la sentencia penal era un hecho complejo, cuya estructura se puede descomponer en acontecimientos que tuvieron lugar en espacios y tiempos diferentes, incluso de modo prolongado. La dificultad de identificar analíticamente el hecho sometido a verificación y prueba debe ser acometida por el tribunal en el momento de motivar su decisión con criterios jurídicos de selección que le proporciona el tipo penal, para permitir la tarea de comprobación que demanda el juicio de inferencia. Por ello, se habla de hechos cargados de derecho, connotados jurídicamente, de estructura circular, enunciados que adquieren relevancia exclusivamente desde el prisma del tipo legal y de sus elementos, que funcionan como marco de sentido. El órgano



sentenciador está obligado, en la práctica, a reducir la complejidad para poner de manifiesto con claridad las hipótesis de hecho que son objeto de verificación mediante la prueba, en tanto presupuesto de la aplicación de la norma. Para ello, debe identificar el hecho jerarquizando los elementos que son relevantes, el hecho principal y los hechos primarios, para acometer luego la justificación de las operaciones inferenciales y de la elección que ha tomado entre las hipótesis alternativas que se ofrecieron para explicarlo.

La resolución impugnada -que contiene una elaborada y compleja justificación jurídica- no se desenvuelve bajo este modelo de racionalidad aceptado para motivar su decisión sobre la cuestión fáctica, lo que explica que nuestra sentencia, para resolver la queja, se ve obligada a recoger y ordenar enunciados y proposiciones relacionados con los hechos (un indicio, por otro lado, de que las resoluciones judiciales también requieren de interpretación).

La discrecionalidad y el poder de disposición del tribunal aumentan, desde la perspectiva del control de razonabilidad de su vinculación a la ley, en función de la apertura de espacios de incertidumbre sobre los presupuestos cognoscitivos de la decisión. El control de la tesis fáctica afirmada por el juzgador solo es posible cuando la técnica de definición legal, constreñida por el mandato constitucional de taxatividad, y la de interpretación judicial de la conducta que es presupuesto de la norma permiten juicios propios de un conocimiento experimental o empírico, característico del examen sobre hechos del pasado, que permitan elaborar un juicio sobre su existencia y hacer posible la verificación de la verdad de los enunciados en función del resultado de la actividad probatoria. En los juicios valorativos o potestativos la convicción se alcanza por aplicación de otros valores diferentes al de verdad de los enunciados. Porque para explicitar y justificar el juicio sobre la proposición fáctica final, que precede a la subsunción, es imprescindible contar previamente con otra enunciación de la misma naturaleza con la que compararla. Cuando la hipótesis judicial inicial y la tesis final no están configuradas exclusivamente por proposiciones que describen hechos, pues integran proposiciones indeterminadas y juicios de valor, resulta difícil comprobar la existencia del hecho y la verdad del enunciado que asume el tribunal.

### *1.3. Ausencia de explicitación del respaldo probatorio de los hechos que se afirman para subsumir en el tipo penal (motivación y suficiencia de la prueba)*

Bajo el canon de control externo de razonabilidad, y sin adentrarnos en el ámbito de la valoración de los medios de prueba -como pide la doctrina constitucional a propósito de la motivación que requiere el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio-, considero

que el acto jurisdiccional objeto del recurso de amparo adolece de una verdadera justificación sobre el razonamiento inferencial que le ha llevado a declarar probados los hechos que después subsume en el delito de sedición y que han sustentado la condena de los demandantes. La sentencia no presenta un apartado de motivación y justificación de los Hechos Probados. El auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones se remite, igual que las demandas y nuestra sentencia, al punto 1 del apartado C), sobre “Juicio de autoría”, del Fundamento de Derecho, para hallar ciertas referencias que hagan posible explicar cómo la sentencia justifica la correspondencia con la realidad de su relato de hechos.

La lectura de la resolución parece sugerir que el presupuesto fáctico es algo dado, por conocido y notorio, vista su trascendencia política y social, un acontecimiento vivido, una cuestión previa a la valoración jurídica (la interpretación de los tipos penales de rebelión, sedición y malversación). Pues no se halla, como reclama una concepción analítica de la justificación del juicio fáctico, un examen primero individual, luego global o combinado, de los distintos medios de prueba practicados en el acto del juicio, de los elementos o datos de prueba obtenidos, de su valor epistémico y de las inferencias que se apoyan en ellos. Pero, tampoco se encuentra una consideración genérica de las pruebas en la que fundamentar el relato. No se explicita, por lo tanto, la lógica del juicio sobre los hechos, el proceso de la decisión, los criterios que han permitido el paso inferencial de los enunciados a la conclusión sobre la reconstrucción del tema de la prueba.

La sentencia de la que discrepo considera que la prueba de lo ocurrido durante la larga jornada del 20 de septiembre es “lo declarado por el jefe de la Brigada Antidisturbios de los Mossos, a través de cuyo testimonio el órgano judicial valora la conducta llevada a cabo por don Jordi Sánchez y colige cuáles fueron las circunstancias en que se desarrollaron los registros”. Ese día hubo más de una decena de registros en lugares cerrados, la manifestación ante la sede de Economía congregó a 40 000 personas y se desarrolló desde las 9 h hasta la madrugada del día siguiente. Parece increíble que un solo testimonio, salvo que fuera un narrador omnisciente, pueda dar tanto juego. Pero, en el apartado de hechos probados, p. 46, se sitúa al agente policial hacia la 21.25 h, es decir que no había presenciado lo ocurrido durante el resto de la jornada. Su testimonio solo se menciona para extraer conclusiones sobre el grado de liderazgo del mencionado acusado. Y nuestra sentencia da por bueno como justificación del juicio fáctico la remisión genérica a los medios de prueba. Afirmamos: “siendo comunes las fuentes de prueba” y se citan, sin identificar, declaraciones de acusados y de testigos “agentes de policía estatal y

autonómica presentes, de ciudadanos y responsables políticos, documental, grabaciones y mensajes enviados por las redes sociales”. Se llega a decir que “el resto de los hechos que se han estimado probados resultan suficientes para sustentar la valoración incriminatoria efectuada”, es decir en lugar de hacer explícito el razonamiento, bastaría con la remisión a otros hechos para alcanzar el mínimo de motivación constitucionalmente exigible sobre la suficiencia probatoria. No lo parece. Incluso, para desestimar la queja nuestra sentencia recoge como razonamiento probatorio lo que es juicio sobre el respeto del método contradictorio y de la intervención defensiva en la producción de la prueba, a propósito de cierta testifical ofrecida por las defensas. La argumentación no es convincente, supone aceptar como valoración lo que es una simple acumulación impresionista de citas genéricas a los medios de prueba. Resulta difícil aceptar que se ha explicitado un auténtico juicio sobre el hecho, es decir, sobre la prueba, y sobre la justificación de la decisión.

Y son muchas las afirmaciones que pueden considerarse relevantes sobre hechos primarios que carecen de la mínima justificación. Vamos a poner algunos ejemplos.

(i) Sobre la existencia de “distintas hojas de ruta que han venido dibujando el supuesto camino hacia la independencia” (p. 43), no hay más referencia que una agenda personal hallada en un registro que se trae para afirmar la presencia en varias reuniones de quien fuera presidenta del Parlament.

(ii) La manifestación del 20 de septiembre ante la consejería de Economía y Hacienda fue objeto de numerosas pruebas testificales, interrogatorio de acusados, atestados e informes policiales. La evolución de los hechos desde la entrada de la comisión judicial hasta el fin de la movilización y las cargas policiales de madrugada no es tema de análisis probatorio; solo se ofrecen algunas pinceladas por remisión a cierta testifical, que no es analizada críticamente, más allá de la fórmula “el testigo dijo”. Se hacen afirmaciones que pedían alguna explicación: la movilización “impidió a la comisión judicial la normal realización de sus funciones”, “impidió que pudiera ser atendida la orden judicial con plena normalidad” (p.44). Algo que se da como sabido, sin analizar los medios de prueba ni explicitar por qué el tribunal elige -decisión a motivar- la versión más grave al afirmar que la intención de los manifestantes era impedir el ejercicio de la autoridad, cuando el registro se desarrolló en el interior del edificio y la manifestación en la calle, y la comisión judicial incautó todos los documentos que le interesaban. Sin examinar el impacto que toda manifestación masiva provoca, dificultando el ejercicio de la autoridad. Como una cosa es

impedir y otra obstaculizar, perturbar o retrasar, y porque está en juego un derecho fundamental de participación política, el derecho a la protesta, la elección debería ser motivada. Sobre esta jornada se enuncia y no se justifica que los agentes de la policía autonómica que protegían el edificio “no recibieron refuerzo alguno durante todo el día, salvo la llegada de unos agentes de mediación” (p. 44), “Mossos de mediación que, confundida su adscripción por la concurrencia, sufrieron lanzamiento de objetos y tuvieron que guarecerse de manera precipitada en el inmueble contiguo” (p. 45).

(iii) No hay indicación de los medios de prueba que han permitido afirmar que se produjeron disturbios en otros registros ordenados por el juez el día 19 y 20 de septiembre, que se describen en el apartado 9.1 (p. 47, en el domicilio de un investigado, en la sede del departamento de Exteriores, donde la letrada de la Administración de Justicia debió entrar en “coche camuflado”, se dice, en unas naves donde otro funcionario de justicia debió salir en “un vehículo camuflado”), y se concluye que estaban “orientados a impedir el funcionamiento normal de la Administración de Justicia” y que congregaban a multitud de personas “en actitud hostil”.

(iv) Tampoco hay referencia a la justificación de afirmaciones sobre la intervención del Sr. Junqueras el 27 de septiembre ante los estudiantes (p. 48), ni sobre las manifestaciones del 21 de septiembre frente a la sede del Tribunal Superior de Justicia y el cuartel de Travesera de Gracia (p.49), ni sobre otras “concentraciones hostiles”.

(v) Respecto a la campaña de *Escoles Obertes* (apartado 11, p. 54), de ocupación de los colegios electorales, tampoco se ofrece qué apoyo pudiera tener en la prueba.

(vi) Los déficits de justificación han llevado a atribuir a la Sra. Bassa un hecho que no pudo ejecutar: “retiró a los funcionarios de Enseñanza y Trabajo, de cuyos departamentos era titular, la competencia sobre los centros de votación, asegurándose la disponibilidad de los centros” (9.1, p. 49). Lo que implica, acción que también se le asigna, que no pudo ceder a los movimientos a favor del referéndum los establecimientos educativos que sirven de colegio electoral.

En fin, casi todos los hechos que se recogen en relación con las manifestaciones del 20 y 21 de septiembre y del 1 de octubre, acontecimientos principales para identificar elementos subsumibles en el alzamiento tumultuario que demanda el tipo de la sedición, se sustentan en una genérica referencia a la prueba. La reconstrucción de estas movilizaciones hay que buscarlas,

siguiendo el criterio de ordenación de la sentencia, en el juicio de autoría de los tres acusados que tuvieron directa relación con la movilización de masas, los líderes de los movimientos sociales independentistas, Sres. Sánchez y Cuixart, y el consejero de Interior, Sr. Forn. Más allá de la cita expresa de un testigo presencial, el jefe de la Brigada antidisturbios de la policía autonómica, que acudió al lugar bien avanzada la tarde del 21, y solo para sustentar la imputación contra Sánchez de liderazgo y actitud altiva, se pueden leer razonamientos de este tipo: “Las fuentes probatorias que han permitido proclamar como probado lo que aconteció el día 20 de septiembre ante la Vicepresidencia del Govern y el protagonismo del acusado Sr. Cuixart son comunes a la que ya hemos analizado al describir la autoría de otros acusados. La declaración de los agentes de la policía estatal y autonómica que estuvieron allí, el testimonio de los ciudadanos y responsables políticos que fueron llamados como testigos por acusación y defensa y, sobre todo, la declaración del propio Sr. Cuixart, permiten dibujar un escenario fiel a lo verdaderamente acontecido. Los vídeos exhibidos en el plenario -incluido el grabado por la cámara de seguridad que se hallaba en el interior del edificio que era objeto de registro- y la lectura de algunos de los mensajes enviados por redes sociales, refuerzan nuestras inferencias” (apartado 1.9.1, Juicio de autoría, p. 386). Y la referencia a lo que “ya se ha analizado” sobre tal hecho primario se encuentra en el apartado relativo al otro protagonista de la protesta, el Sr. Sánchez: “Ha quedado demostrado, a partir de la abundante prueba testifical y del análisis de los mensajes incorporados a la causa, cuya autenticidad no ha sido puesta en duda” (1.8.3). La función de control de la motivación desde una perspectiva externa de razonabilidad, sin entrar a determinar si los datos obtenidos a partir del rendimiento de los medios de prueba tenían o no valor epistémico, obligaba a preguntarse qué testigos, qué documentos videográficos, cuáles mensajes, qué información arrojaron, para encuadrarla en el proceso de justificación.

Otra referencia imprecisa: “Basta ver las imágenes de otros registros y de las salidas con detenidos en lugares con menos aglomeraciones [que frente a la consejería de Economía] para comprender que el acceso [de los detenidos] en la forma que proponía” era inviable. Ninguna indicación de las grabaciones de imágenes observadas por el tribunal que le permitían hacer esa inferencia por comparación (p. 375, apartado 1.8.1 del capítulo C del Fundamento de Derecho). El análisis más detallado del rendimiento de medios probatorios respecto a tan capital acontecimiento surge a propósito de varias testificales, pero también adolece de insuficiencia: “El cabo primero núm. NUM212, que intervino esa misma mañana en la detención de (...), relató cómo el teniente de la Guardia Civil situado en la Consejería de Hacienda le indicó que el coacusado (...) había advertido de que no podría entrar allí el detenido. El sargento núm.

NUM213, que llevó a cabo la detención de D. Germán describió cómo fue zarandeado el vehículo utilizado en esa diligencia y cómo los amotinados en el lugar intentaron sustraer al detenido, quien suplicaba a los guardias civiles que por favor le sacaran de allí. El teniente de la GC NUM214 relató en el testimonio prestado en el juicio oral que durante su presencia en la Consejería de Hacienda oyó como de la multitudinaria acumulación de gentío procedían gritos en que se afirmaba ‘no saldréis’, en inequívoca referencia a los funcionarios que pretendían cumplir el mandato judicial de registro. Narró cómo (...) le advirtieron sobre las 21.30 de que, si pretendían salir con las cajas con efectos del registro, ‘os matan’” (p. 363). Tampoco ofrece esta argumentación el razonamiento que ha permitido al tribunal atribuir eficacia a estos medios de prueba, uno de ellos un testigo de oídas de lo que le ha contado otro testigo, que se cita, sobre hechos multitudinarios que fueron objeto de múltiples deposiciones testificales y de documentos videográficos.

Numerosas citas parecen reflejar la idea de que los hechos eran algo de común conocimiento, vivido, presupuesto, previo a la verdadera motivación jurídica, sobre cuestiones de derecho, de la que la sentencia hace un buen ejercicio. “Es patente que la movilización del día 20 de septiembre (...) tenía por finalidad impedir la realización de la diligencia de registros y hacer imposible la presencia de los detenidos” (p. 363), “Ha quedado acreditado también”, “es cierto -y así ha quedado acreditado- que”, “ha quedado absolutamente acreditado” (p. 376), “Ha quedado demostrado, a partir de la abundante prueba testifical y del análisis de los mensajes incorporados a la causa, cuya autenticidad no ha sido puesta en duda” (p. 379). Tampoco se menciona la fuente de la que procede la información de los discursos que los dos acusados dirigentes de organizaciones no gubernamentales dieron en la manifestación del 20 de septiembre, que se recogen con algún detalle, incluso de la hora (p. 46, 47, 380 y 381). En conclusión, la motivación sobre el rendimiento individual de los medios de prueba, para luego proceder a su comparación, no puede consistir en recoger algo de lo que ha narrado un testigo, porque nada puede saberse a partir de esa transcripción parcial y sintética acerca del proceso de la decisión judicial.

La falta de justificación del razonamiento inferencial donde resulta más problemática es al abordar el hecho primario y su afirmación por el órgano jurisdiccional desde el marco del delito de sedición en el que será integrado como proposición fáctica en concreto. Porque condiciona la inferencia deductiva, la subsunción o juicio de correspondencia, que tiene como obligada referencia semántica el hecho que ha establecido la reconstrucción judicial de la realidad, que se

confronta con la norma penal que habla de los hechos y los califica. Esta operación se corresponde con un procedimiento de deducción jurídica y el razonamiento que debe realizar el tribunal se desenvuelve en varios pasos, característicos de la relación de inferencia entre enunciados, premisas y conclusión. El antecedente se construye a partir de la fijación de la definición legal del concepto clasificatorio (en qué consiste la conducta sediciosa) y de la tesis fáctica que recoge el hecho probado (cuáles acontecimientos tuvieron lugar con ocasión de las manifestaciones de aquellos días de septiembre y octubre de 2017) y funciona como premisa de la conclusión, que consiste en el encuadramiento del hecho probado en la categoría de los hechos denotados por el concepto legal clasificatorio. Su razonabilidad depende del grado de precisión que el legislador haya logrado dar al tipo penal que, no se olvide, requiere de la intervención del tribunal para lograr significación, y cuando permite una pluralidad de interpretaciones, como es el caso paradigmático de la sedición, ofrece al juez un espacio amplio de poder de decisión. También depende la razonabilidad del proceso decisor del grado de precisión de la premisa fáctica, que le corresponde al tribunal construir mediante la inferencia probatoria, de modo tal que cuanto más valoración incorpore menor capacidad de verificación permitirá. La imprecisión en uno u otro nivel compromete la validez de la subsunción, afectando al cumplimiento del deber de motivación y a la razonabilidad que pide el mandato de certeza al aplicador de la ley penal para legitimar su decisión como resultado de la opción del legislador.

La sentencia, por estas razones, creo que no alcanza los estándares que la Constitución demanda a la motivación de la decisión y a la suficiencia probatoria, porque no permite delimitar con la precisión necesaria el presupuesto fáctico del juicio de subsunción. Su lectura no despeja qué conductas atribuibles a los acusados constituyen el presupuesto de la sedición, si lo es todo aporte al proceso político encaminado a la ruptura del orden jurídico constitucional para la celebración del referéndum, como vía de hecho fuera del procedimiento previsto para la reforma de la Constitución, o solo las manifestaciones multitudinarias, y en este caso qué acciones y cuáles medios comisivos.

*II. Derecho a la legalidad penal. Mandato de certeza y razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en el tipo de sedición interpretado*

*1. Transmisión de la imprecisión fáctica al juicio subsuntivo*

Como vengo sosteniendo, los déficits de precisión del hecho probado y de las conductas atribuidas a los demandantes, la insuficiente motivación del razonamiento inferencial y de la justificación de las decisiones en materia de prueba, no sólo afectan al derecho a la presunción de inocencia. Porque existe una dependencia entre motivación fáctica y operación jurídica de subsunción, cuyo primer paso es la definición del presupuesto de hecho de la sedición (elaboración del concepto clasificatorio: qué conductas en abstracto contempla el precepto), los efectos lesivos de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se pueden proyectar sobre el derecho a la legalidad penal. La falta de precisión en la descripción de la tesis fáctica asumida por el juzgador influye en la razonabilidad de la subsunción. Y dos factores, ya señalados, añaden complejidad e incertidumbre al caso. De un lado, la ambigüedad del legislador al describir el tipo de sedición: alzamiento tumultuario, por la fuerza o fuera de las vías legales, con la finalidad de impedir el ejercicio de la autoridad. De otro, la imprecisión del tribunal enjuiciador al definir el concepto clasificatorio, que, a mi juicio, no llega a esclarecer el significado de alzamiento, salvo para excluir que la violencia lo caracterice, e identificar lo tumultuario con la abierta hostilidad. Cuando el intérprete determina ambiguamente las conductas que el tipo penal describe, previamente, con imprecisión se produce una confluencia de circunstancias que dificultan la subsunción y su control.

El razonamiento deductivo en que consiste la subsunción viene condicionado en términos lógicos a la previa comprensión del tipo penal aplicado, que funciona como concepto clasificatorio y que permitirá calificar el hecho probado como sedición. El reproche en esta sede se va a constreñir, desde un canon externo de control constitucional, a la razonabilidad de la calificación que el Tribunal Supremo realiza para afirmar la tipicidad de los hechos y de las aportaciones de los demandantes, aceptando como plausible, la definición que ofrece. Al margen quedan las consideraciones críticas, que fueron objeto de la deliberación, sobre una interpretación poco clara que no logra reducir el ámbito típico, que incurre en aporías valorativas respecto al interés tutelado (orden público-orden constitucional), que presenta un riesgo de sobreinclusión de conductas sin lesividad suficiente para ser castigadas con el riguroso marco penal de los arts. 544 y 545 CP y que es susceptible de generar un efecto desalentador del ejercicio de derechos fundamentales al sancionar conductas vinculadas al derecho de manifestación, cuestiones que influyen en la falta de proporcionalidad de la pena impuesta. Aun en el marco de la interpretación amplia que efectúa la sentencia impugnada, el problema estriba en que el concepto clasificatorio definido por el juzgador (alzamiento tumultuario, más medios y fines, ciertamente poco claro y acotador) no tiene preciso y ajustado reflejo en la estricta calificación de los hechos afirmados.



Esa deficiente razonabilidad de la subsunción se identifica cuando el juzgador analiza los elementos típicos y, muy señaladamente, al efectuar el juicio de autoría.

## *2. Apreciación irrazonable de los elementos típicos previamente definidos*

### a) Alzamiento tumultuario

La definición del concepto clasificatorio que realiza la sentencia no contiene una delimitación de lo que debe entenderse por alzamiento, salvo para desvincularlo de la idea de violencia (en el diccionario el verbo y el sustantivo, alzarse y alzamiento, remiten a una conducta activa, no pasiva, de similar significado a sublevación, levantamiento o rebelión). Afirma la sentencia que alzamiento es equivalente a insurrección o a actitud de abierta oposición al normal funcionamiento del sistema jurídico, que tumultuario significa abierta hostilidad, hostilidad a identificar en actitudes intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas, que viene caracterizado por empleo de fuerza o fuera de las vías legales y que tiene una finalidad impeditiva.

A partir de la descripción del hecho probado de la sentencia penal no puede considerarse como tal la protesta masiva del 20 de septiembre en ejercicio del derecho de manifestación pacífica, por molesta que fuera y aun cuando se produjeran daños aislados (limitados a los vehículos policiales aparcados ante la puerta principal de la sede oficial). El efecto obstructivo de esa concentración, las dificultades que generó a la comisión judicial, propias de todo acto de protesta, no puede integrar el tipo penal así interpretado por el juzgador, del mismo modo que el dato que la letrada de la Administración de Justicia se sintiera intimidada por la presencia masiva en la calle de manifestantes no la convierte en una movilización con fines coactivos, mucho menos violentos. No hay que olvidar que el derecho de reunión se ejerce colectivamente y, en función de su dimensión, puede conllevar limitaciones en la libre circulación, ser percibida como intimidante y generar un clima de tensión y ruptura de la tranquilidad, pero en todo momento los líderes sociales que fueron condenados llamaron a la actuación pacífica. Se trataba de una movilización que concentró en un espacio urbano a más de 40 000 personas, protesta que se desarrolló en la calle mientras que la diligencia judicial tenía lugar en el interior del edificio gubernativo y que no provocó actos contra la integridad o salud de las personas, ni intimidación directa contra los miembros de la comisión judicial ni contra los agentes antidisturbios de la policía autonómica.

Tampoco puede calificarse de sedición, en los términos del concepto clasificatorio interpretado por el Tribunal Supremo, la votación masiva el 1 de octubre que, sin duda, fomentaron de una u otra manera los recurrentes y otros condenados, pero siempre apelando a comportamientos pacíficos, y en la que se produjeron altercados e incluso enfrentamientos, según afirma el Hecho Probado, pero sin precisar en qué consistieron ni describir conductas de acometimiento de manifestantes contra agentes de la autoridad. Simplemente se afirma que se mantuvieron en su sitio, intensamente aglomerados, para impedir la acción policial. Al respecto, resulta contrario a la interpretación del tipo hecha por el tribunal (insurrección con abierta hostilidad y acciones intimidatorias, coactivas o injuriosas) calificar de esta manera a conductas pasivas, de desobediencia o resistencia no activa, como las que se describen en la sentencia con carácter genérico o puntual.

Entiendo que tampoco parece razonable subsumir en la definición del presupuesto de la sedición que ofrece el juzgador el actuar de forma masiva, aunque sea “fuera de las vías legales”, que en el caso del ejercicio del derecho de manifestación exige de algún tipo de justificación para respetar su contenido esencial. La conducta ilegal, según la comprensión del delito que sienta el Tribunal Supremo, consiste en alzarse tumultuariamente o en una insurrección con abierta hostilidad, hostilidad como característica mínima para entender la violencia física, psíquica o en las cosas que acompaña a la ejecución del delito en abstracto y que le permite delimitar la conducta típica del ejercicio del derecho de reunión. Pero en la subsunción de los hechos el juzgador se conforma con identificar conductas pasivas, que ni se corresponden a un alzamiento o insurrección, ni a su carácter tumultuario o de abierta hostilidad. Acudiendo al argumento de que el art. 544 CP hace referencia a la actuación “fuera de las vías legales”, como alternativa modal, se anula la restricción inicial que había sentado la interpretación del tribunal para incluir como acción sediciosa toda resistencia y desobediencia ilegal. Lo que, a su vez, dificulta encajar sistemáticamente -para lo que sirve el concepto clasificatorio- la calificación de los hechos con las previsiones de otros delitos contra el orden público menos lesivos que sí exigen violencia o intimidación o fuerza en las cosas. Es el caso del atentado del art. 550 CP, que pide agresión, acometimiento, violencia o intimidación grave, y de los desórdenes públicos del art. 557 CP, en los que debe concurrir violencia sobre las personas o las cosas o amenaza, o de la ubicación de la resistencia pasiva en el delito de desobediencia. Por medio de ese expediente resuelve el juzgador la dificultad de hacer corresponder los hechos probados en el tipo, contradiciendo lo que ha sentado al definir el presupuesto fáctico de la sedición. Y así afirma que puede calificarse por este delito la negativa de un grupo de manifestantes, aglomerados y compactados, a acatar la

orden de la policía o la resistencia pasiva y no violenta. “Esa negativa, en ese escenario, aunque no se diese un paso más, es por sí sola apta e idónea para colmar las exigencias típicas del delito de sedición”, concluye (p. 284).

b) Falta de conexión entre el alzamiento y los fines impositivos

Conforme al entendimiento del tipo penal sostenido por la sala de enjuiciamiento, el alzamiento es “para impedir”, pero falta esta conexión entre la conducta de los recurrentes y la finalidad impositiva. En particular respecto al 1 de octubre, el hecho probado sostiene que se reunió una multitud de dos millones de personas ante los colegios electorales, que habían sido alentados por los demandantes, para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales el cumplimiento del auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2019. Pero, conforme al propio relato, el referéndum se convocó el 9 de junio de 2017 y los llamados a participar en la votación se produjeron desde aquel momento, no el 27 de septiembre o con posterioridad. En tal medida, no se hizo con la finalidad de eludir la prohibición que contenía la resolución judicial, sino desde el origen del proceso político, para activar el mecanismo de proclamación de la independencia de Cataluña.

La falta de razonabilidad de la subsunción en este punto se debe a que no hay justificación de la elección que hace el tribunal de apreciar la preordenación de la conducta de los acusados y de los ciudadanos a la finalidad impositiva. Desde luego, los llamamientos de los demandantes estaban dirigidos a que los ciudadanos acudieran a votar, no se deja constancia en el hecho probado de otros mensajes. Podría matizarse y distinguir entre la conexión de tendencia de la actuación de los recurrentes y la de los ciudadanos, porque, vista la estrategia de la movilización denominada *Escoles Obertes* (enunciado fáctico afirmado sin el menor respaldo probatorio), podría admitirse que muchos ciudadanos trataban de impedir el cumplimiento de la orden judicial que ordenaba a los cuerpos policiales paralizar la celebración del referéndum.

Tampoco de los hechos probados se puede afirmar que las manifestaciones del 20 de septiembre estuvieran orientadas a impedir el registro y, con ello, el cumplimiento de la resolución judicial. Se señala que la presencia masiva dificultó su realización, que se hizo sin presencia de los detenidos, que se demoró la salida de la comitiva judicial, que la letrada de la Administración de Justicia abandonó la sede por el edificio colindante porque tenía miedo, pero no se expresa la conexión entre el alzamiento tumultuario y el objetivo impositivo.

c) Elementos de desvalor que el propio razonamiento del tribunal desmiente

La sentencia de la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo descarta calificar los hechos y conductas por el delito de rebelión en tanto no concurre ni el tipo objetivo (por falta de idoneidad de la violencia) ni el tipo subjetivo (por falta de una finalidad contraria al ordenamiento constitucional democrático). No obstante, insiste en apreciar sedición en el ataque al pacto constitucional y la ruptura de la estructura del Estado (págs. 301, 384 y 391). Es más, un aspecto central de la reducción teleológica del ámbito típico de la definición clasificatoria que resulta de la interpretación que hace el tribunal del art. 544 CP es la exigencia de que la conducta ponga en cuestión el Estado democrático. Esa afección opera como elemento de desvalor de los hechos, que enlaza con la identificación que ha hecho sobre el bien jurídico y el grave ataque al mismo que explica y corresponde a la severidad penológica del delito de sedición (y evita, al parecer de la sentencia, la desproporción punitiva). Esta propuesta no solo introduce un elemento de desvalor vinculado al orden constitucional en principio ajeno al interés tutelado en el delito de sedición, sea el orden o la paz públicos, sino que, y es lo que ahora interesa, viene desmentido por las afirmaciones de la sentencia impugnada acerca de la falta de lesividad de las conductas de los demandantes desde la perspectiva de la tutela del orden constitucional, que fundan el descarte de la condena por delito de rebelión. La estrategia, se dice, pretendía presionar al Gobierno, pero el sistema disponía de instrumentos jurídicos y materiales de control suficientes, tanto para neutralizar el “aparato normativo” elaborado para articular la independencia (mediante las intervenciones de este tribunal y la aplicación del art. 155 CE) como para controlar “la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social” (p. 270). Resulta entonces que el elemento cualificador del tipo que explica su severidad punitiva -que la conducta ponga en cuestión el Estado democrático- no concurre, se niega expresamente en el razonamiento jurídico, lo que supone que faltaría la idoneidad lesiva objetiva de las acciones que precisa el delito conforme lo interpreta el propio Tribunal Supremo.

*3. Juicio de autoría contrario al principio de responsabilidad por el hecho propio*

En este punto convergen en gran medida las denuncias de vulneración del derecho a la presunción de inocencia y las de legalidad penal, sin que esa conexión se tenga en cuenta en la sentencia de la que disiento, que trata de forma excesivamente autónoma las correspondientes quejas, cuando, como he reiterado, están íntimamente ligadas, porque la falta de precisión y

ambigüedad del hecho probado dificulta, cuando no hace imposible, la subsunción razonable en el presupuesto fáctico previsto en abstracto por el tipo (interpretado por el tribunal). Como han señalado algunos comentaristas y denuncian los demandantes, no se ha individualizado debidamente la responsabilidad de cada uno de los implicados, lo que tiene su origen en una descripción de hechos probados que no recoge las concretas aportaciones de cada acusado al alzamiento como conducta típica nuclear.

Caracterizar el delito de sedición como un delito plurisubjetivo de convergencia, como insiste la sentencia cuestionada y la justificación de nuestra decisión, llama la atención sobre la necesidad de que intervenga un colectivo para que pueda apreciarse la tipicidad, pero no libera ni exime al aplicador de la obligación de atribuir individualmente la responsabilidad de cada uno de los acusados para afirmar la autoría o participación. Por otro lado, no resulta asumible desde parámetros de razonabilidad de la motivación la exacerbación del principio de imputación recíproca característico de la coautoría, porque puede llevar a una suerte de responsabilidad objetiva de todos los que concurrieron al acuerdo previo -que tampoco se afirma que tuviera contenidos y fines sediciosos, al menos previsibles-, sin definir, por otro lado, sus límites y posibles excesos. En la práctica, pronunciarse al respecto es bien difícil cuando no se han precisado los términos del acuerdo ni las concretas aportaciones que correspondía acometer a cada uno de los intervinientes ni las que ejecutaron en la realidad. Por ejemplo, cabe preguntarse, si ese acuerdo vino dado por la supuesta hoja de ruta, ¿por qué se condenó en la misma sentencia solo como autores de un delito de desobediencia a tres de los miembros del Govern?

Es cierto, como subraya nuestra sentencia siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, que el delito puede cometerse por quien pone las condiciones necesarias para el alzamiento, aunque no participe activamente en él (art. 545 CP). En otros términos, puede ser autor del delito de sedición quien no es ejecutor del mismo. Pero siempre que se acredite una contribución determinante. En el caso, la aportación al proyecto conjunto debió consistir en que los demandantes promovieron la movilización masiva de ciudadanos siendo conscientes y asumiendo, o queriendo que se desencadenara, la sublevación hostil dirigida a impedir el cumplimiento de la ley y de las órdenes judiciales. Pues esta es la situación típica de sedición conforme al entendimiento del delito que ha hecho la sentencia para que sirva de concepto clasificatorio en el que subsumir el hecho probado. Sin embargo, no parece una aportación idónea aprobar normas inconstitucionales, preparar, organizar y realizar un referéndum ilegal o desobedecer los mandatos de este Tribunal Constitucional. Es preciso que la acción reúna los

elementos característicos de una contribución determinante al alzamiento tumultuario que mediante la fuerza o fuera de las vías legales busque adecuadamente impedir la aplicación de la ley o de las decisiones de una autoridad.

Sin embargo, la sentencia se limita a sentar el concierto de los recurrentes (y del resto de condenados) para asegurar el referéndum, estrategia común cuya existencia puede aceptarse, pero no aborda un tratamiento específico sobre la contribución intencionada que cada acusado realizó al alzamiento y no solo a la celebración del referéndum. Incluso, aunque se acepte que no exige probar que los recurrentes incitaron al enfrentamiento con la policía, sí hay que acreditar el carácter esencial de su conducta respecto a la “insurrección colectiva” por la que se les condena. El juicio de autoría no explica en relación con cada condenado el conocimiento y la aceptación de que su actuación podía conducir a un alzamiento tumultuario.

Las anteriores razones, que insisten en las consecuencias iusfundamentales de la deficiente justificación fáctica de que adolece la sentencia impugnada, tal y como defendí en la deliberación, me llevan a emitir el presente voto, además de suscribir, como manifesté más arriba, el formulado por el magistrado Sr. Xiol Ríos.

Madrid, a treinta de marzo de dos mil veintidós.