

LA DESAFECCIÓN DE LA STS 459/2019 POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LIBRE EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO, REUNIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Mercè Barceló i Serramalera*

Resumen

El ejercicio de un derecho fundamental nunca puede ser objeto de sanción (desde la STC 11/1981) ni laboral, ni administrativa, ni penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales impone a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional. La STS 459/2019 no desarrolla ningún esfuerzo hermenéutico en ese sentido. Es más, su punto de partida se sitúa en el opuesto y hace encajar de forma directa conductas en tipos delictivos, sin cuestionarse si podían estar amparadas por un derecho fundamental. Tal desentendimiento es claro respecto de tres condenados cuyas conductas encajan en el contenido de dos derechos fundamentales: en el derecho al ejercicio de cargo público libre de injerencias (Carme Forcadell); y en el derecho de reunión (Jordi Cuixart y Jordi Sánchez). Además, la sentencia incurre en una interpretación extensiva *in malam partem* del delito de sedición que conduce a una imprevisibilidad de la condena, proscrita en el artículo 25.1 de la CE.

Palabras clave: derecho constitucional; derechos fundamentales; derecho de reunión; principio de legalidad penal; derecho de libre ejercicio de cargo público.

THE DISREGARDING OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN SUPREME COURT JUDGMENT 459/2019: FREE EXERCISE OF PUBLIC OFFICE, RIGHT OF ASSOCIATION AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Abstract

The exercise of a fundamental right may never be subject to a labour, administrative or criminal penalty (since Constitutional Court Judgment 11/1981). The objective aspect of fundamental rights imposes an obligation on the public powers to take account of their constitutional contents. Supreme Court Judgment 459/2019 makes no hermeneutical effort in this regard. Furthermore, its starting point is at the opposite extreme and it directly classifies forms of conduct into criminal types without questioning whether they may be protected by a fundamental right. This disregard can be clearly seen in the case of three convicted persons whose conduct fits within the contents of two fundamental rights: the right to exercise a public office free of interference (Carme Forcadell); and the right of association (Jordi Cuixart and Jordi Sánchez). In addition, the judgment performs an extensive interpretation in malam partem of the crime of sedition, which results in unforeseeable conviction, which is proscribed in article 25.1 of the Spanish Constitution.

Key words: constitutional law; fundamental rights; right of association; principle of legality in criminal law; right of free exercise of public office.

* Mercè Barceló i Serramalera, catedrática de derecho constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Derecho, edificio B2, Bellaterra, c. de la Vall Moranta, s/n. 08193 Cerdanyola del Vallès. merce.barcelo@uab.cat.

Artículo recibido el 07.02.2020. Evaluación ciega: 10.03.2020 y 10.03.2020. Fecha de aceptación de la versión final: 11.03.2020.

Citación recomendada: Barceló i Serramalera, Mercè. (2020). La desafección de la STS 459/2019 por los derechos fundamentales: libre ejercicio de cargo público, reunión y principio de legalidad. *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, 123-136. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i60.2020.3420>

Sumario

1 El imposible encuentro entre derechos fundamentales y condenas penales

1.1 El derecho al libre ejercicio de cargo público sin injerencias (art. 23.2 CE): el caso de Carme Forcadell

1.2 El derecho de reunión (art. 21.1 CE): los casos de Jordi Cuixart y Jordi Sànchez

2 El derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE): los casos de los nueve condenados por delito de sedición

2.1 Desde la perspectiva de la taxatividad: la prohibición de una interpretación extensiva *in malam partem* de las normas penales

2.2 Desde la perspectiva de una interpretación extensiva *in malam partem*: la imprevisibilidad de la condena

1 El imposible encuentro entre derechos fundamentales y condenas penales

El ejercicio de un derecho fundamental nunca puede ser objeto de sanción (desde la STC 11/1981) ni laboral (STC 198/2004), ni administrativa (STC 42/2000), ni penal (SSTC [39/2005](#) o [196/2002](#)). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico — afirma el Tribunal Constitucional en la STC 185/2003— imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen, entre los supuestos sancionables, conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho; pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción” (FJ 5, con cita de la STC 2/2001).

En consecuencia, cuando se pretende la imposición de una sanción que pudiese colisionar con un derecho fundamental, es necesario, previamente a cualquier otra consideración y, especialmente, a la de si su concreto ejercicio supuso o no una extralimitación del mismo (lo que tampoco inexorablemente comportaría la imposición de una sanción), analizar si la conducta objeto de sanción puede encuadrarse en el ámbito propio del derecho fundamental invocado, lo que exige situar el primer análisis no en el marco de los límites externos al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido (por todas, SSTC [127/2004](#), [185/2003](#), 124/2005).

A pesar de ser esta una consecuencia obvia del carácter objetivo de los derechos, fundamental y fundamentador del sistema político, ningún esfuerzo hermenéutico en tal sentido se desarrolla en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, que condena a casi cien años de prisión a nueve independentistas catalanes por un delito, entre otros, de sedición. Es más, su punto de partida se sitúa en el opuesto y hace encajar de forma directa hechos y conductas en tipos delictivos sin cuestionarse si podían estar amparados por el contenido de un derecho fundamental, categoría de la que se prescinde aunque alguna referencia formal se le haga.

Tal desentendimiento es claro, al menos, respecto de tres de los condenados. Las conductas de Carme Forcadell, Jordi Cuixart y Jordi Sánchez, que para la sentencia se subsumen, con altas penas, en un delito de sedición, bien podrían encajar en el contenido de dos derechos fundamentales, respectivamente: en el derecho al ejercicio de cargo público libre de injerencias (art. 23.2 CE), la de la entonces presidenta del Parlamento de Cataluña; y en el derecho de reunión (art. 21. 1 CE), las de los dos activistas sociales.

Llevar a cabo ese análisis, que omite el Tribunal Supremo en su sentencia, será el objeto de este primer apartado, en el que se parte, de acuerdo con la citada jurisprudencia constitucional, del contenido de esos derechos antes que de sus límites. Y la conclusión ya se avanza: esas conductas, en atención al contenido formulado tanto por el Tribunal Constitucional como por el TEDH, eran encuadrables en el ámbito propio de los derechos fundamentales mencionados. De modo que, consiguientemente, y respecto de esos tres encausados, el único pronunciamiento posible era el de su libre absolución.

1.1 El derecho al libre ejercicio de cargo público sin injerencias (art. 23.2 CE): el caso de Carme Forcadell

Según la Sentencia 459/2019, Carme Forcadell, como presidenta del Parlamento catalán, fue la rama “parlamentaria” de la estrategia sediciosa. Se le atribuye, así, el incumplimiento de forma reiterada y contumaz de “las resoluciones del Tribunal Constitucional que trataban de preservar el principio de competencia y las bases de la creación normativa. Hizo posible, desde su privilegiada posición de Presidenta del Parlament, la creación de una legalidad paralela carente de validez, que determinó una encadenada sucesión de recursos e impugnaciones del Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional. Estas impugnaciones que, por imperativo legal implicaban la inmediata suspensión de la norma recurrida, fueron altivamente desatendidas por la acusada, que desoyó, una y otra vez, los requerimientos recibidos del Tribunal Constitucional. En el desarrollo del concierto delictivo del que era partícipe, llegó a entorpecer gravemente el desempeño de la

autoridad pública que se residencia en los tribunales de justicia, cuyos mandatos fueron claramente burlados. Tanto los del Tribunal Constitucional, como los de la jurisdicción ordinaria, en concreto los emanados del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona” [...]. Pero la Sra. Forcadell fue algo más que la persona que encarnó el cargo institucionalmente llamado a presidir y moderar los procesos de creación legislativa. En efecto, rebasó ese ámbito con decisiones y actos plenamente integrados en la estrategia delictiva a la que se sumó de forma activa. Alentó públicamente la movilización multitudinaria de la ciudadanía en los actos de protesta frente al cumplimiento de las resoluciones judiciales y en la participación en el prohibido referéndum, todo ello en un expreso desafío al orden constitucional y a las autoridades que actuaban a su amparo, con una protagonista presencia en muchas de las movilizaciones desarrolladas especialmente en los meses de junio a octubre de 2017” (p. 315 y sig. de la sentencia).¹

Lo que la sentencia recrimina a la presidenta (y solo a ella; no así al resto de los miembros de la Mesa cuyo voto también fue afirmativo a la tramitación de las propuestas parlamentarias) es, pues, que hubiera permitido la incorporación en el orden del día de iniciativas que contravenían frontalmente lo acordado por el Tribunal Constitucional.² Y de ahí, de forma directa, la Sala subsume tal conducta en un delito de sedición. De forma directa, porque, aunque alguna referencia se haga a la prerrogativa de la inviolabilidad de los parlamentarios (p. 226 y sig.), limitándose a señalar que “el acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por el Tribunal Constitucional no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad” (p. 231), ni una sola línea dedica a la posible presencia del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la CE; ningún esfuerzo respecto de la obligación interpretativa del juzgador a favor de la libertad.

Partir de esta última perspectiva es partir del contenido constitucional del derecho al libre ejercicio del cargo público. Y de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, este derecho fundamental garantiza no solo el acceso igualitario de los ciudadanos a los cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (*ius in officium*, STC 32/1985); ya que, en otro caso, la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso al cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido. Ese *ius in officium*, que es un derecho de configuración legal, se integra por los derechos y facultades creados en las normas legales que conforman, a su vez, el estatus propio del cargo del parlamentario; y sus titulares, al amparo del artículo 23.2 de la CE, podrán defenderlo ante los órganos judiciales, y en último extremo ante el Tribunal Constitucional, cuando consideren que es ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público (STC 161/1988, 27/2000 y 203/2001).

Desde esta perspectiva, el Reglamento del Parlamento atribuye a la Mesa, entre otras funciones, la de “calificar, de conformidad con el Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, y declarar su admisión o inadmisión a trámite” (art. 37.3.d RPC). Dicha facultad de calificación forma parte, así, de las facultades de los parlamentarios que integran la Mesa, incluidas las de su presidencia, y de su estatus. Deviene, pues, crucial para delimitar el contenido del artículo 23.2 de la CE determinar cuál es el alcance de esas facultades de calificación.

Para la sentencia examinada, tales facultades pueden ser constreñidas por mandato del Tribunal Constitucional, quien puede ordenar a una mesa parlamentaria qué es lo que puede y qué es lo que no puede tramitar. Pero dicha visión, además de no respetar la división de poderes, contradice la del propio Tribunal Constitucional.

1 A la Sra. Forcadell se la inculpa como presidenta de la Mesa del Parlamento, pero también se recuerda, y no de forma irrelevante, que había sido presidenta de la Asamblea Nacional Catalana (ANC) y que cumplió con las funciones inherentes a este cargo (convocatoria de manifestaciones, por ejemplo, a las que la sentencia alude en reiteradas ocasiones). La sentencia intenta diluir esta segunda circunstancia, pero no deja de ser considerada: “Con anterioridad a su faceta institucional como Presidenta del Parlament, tuvo una relevante proyección como Presidenta de la Asamblea Nacional Catalana (ANC). En ese concepto firmó la *hoja de ruta* aprobada por las entidades Convergència Democràtica de Catalunya-Reagrupament Independentista; Esquerra Republicana de Catalunya; Asamblea nacional Catalana; *Associació de Municipis per la Independència* y Omnium Cultural. Así lo ha admitido la propia acusada y en las actuaciones consta tal documento. Pero centrándonos en los hechos que hemos concretado como típicos, la intervención de la Sra. Forcadell alcanzó verdadero relieve penal en el comportamiento que desarrolló como Presidenta del Parlament y de su Mesa”.

2 “No frenó iniciativas para el debate en el Pleno, siendo conocedora de que esas iniciativas habían sido formalmente suspendidas por el Tribunal Constitucional, prohibiciones que habían sido objeto de notificación personal o, en algún caso, eran de conocimiento público” (p. 317).

En efecto, el Tribunal Constitucional, desde las SSTC 95/1994 y 124/1995, ha sostenido que las mesas parlamentarias deben limitarse a una mera comprobación de los requisitos formales exigidos reglamentariamente a las iniciativas, sin que proceda hacer ninguna valoración sobre el contenido de la iniciativa o escrito (también STC 38/1999, 40/2003 y 208/2003, entre otras). El Tribunal ha venido considerando que el debate en el Pleno de la cámara cumple una importante función representativa porque, de una parte, posibilita a los parlamentarios, en ejercicio de su derecho, defender o rechazar las iniciativas, o discutir sobre su adecuación al orden constitucional; y, de otra, permite a los ciudadanos conocer la opinión y decisión de sus representantes sobre una cuestión determinada. De lo contrario, según consolidada doctrina, se estaría asumiendo, bajo un pretendido juicio técnico, una decisión política que solo es competencia del Pleno; y, desde una perspectiva democrática, se estaría obstaculizando la posibilidad de celebrar un debate público entre las diferentes fuerzas políticas con representación parlamentaria. Y, en esta misma línea, en las SSTC 108/2016 y 109/2016, el Tribunal ha señalado que en el artículo 23.2 de la CE no se encuentra subsumido un supuesto derecho fundamental a la constitucionalidad de las iniciativas parlamentarias, rechazando dar amparo por vulneración del mencionado precepto a unos parlamentarios cuya Mesa había dado curso a una iniciativa manifiestamente contraria a la Constitución.

Se ha querido ver en las SSTC 46/2018 y 47/2018 un cambio substancial de rumbo en la jurisprudencia constitucional descrita. Pero, a mi juicio, lo que incorporan es una previsión para aquellos supuestos —y ya se verá, en un futuro, hasta qué punto se mantiene cuando se trate de enjuiciar hechos que nada tengan que ver con el llamado *procés*— en los que la decisión de la Mesa de admitir a trámite una propuesta constituye un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional, y a ellos se aúna la consecuencia de una posible vulneración del artículo 23.2 de la CE. Así, según el Tribunal, en los casos en que la Mesa haya quedado sujeta de manera expresa al deber de cumplimiento de sus resoluciones, como consecuencia de la adopción de medidas de ejecución dictadas de acuerdo con el artículo 92 de la LOTC, se produciría una incidencia directa en el *ius in officium* de los miembros de la cámara, de modo que las facultades de la Mesa sobre la admisión a trámite de nuevas iniciativas se verían restringidas por la imposición de un deber específico de paralizarlas, por mor de no vulnerar derechos fundamentales de los diputados. Sería, pues, el incumplimiento patente de este deber el que determinaría que la Mesa, al admitir la propuesta, pudiera incurrir en las referidas vulneraciones constitucionales, y no el contenido material de la concreta iniciativa.

Esta doctrina, sin embargo, además de no ser aplicable al caso Forcadell por ser posterior a los hechos que dan lugar a su condena, no modifica la inicialmente expuesta, que es asumida expresamente por estas últimas resoluciones. Lo que comportan de novedoso es la indicación de cuándo puede abrirse la puerta a una posible vulneración del artículo 23 de la CE de los parlamentarios disconformes con la admisión de iniciativas por parte del órgano rector de la cámara. Vulneración que solo el Tribunal Constitucional puede determinar si, a su vez, también interpreta que aquella concreta admisión responde a una contravención de alguno de sus mandatos.

Y no podría interpretarse de otro modo, porque hacerlo —tal y como hace la sentencia— sería tanto como reconocer, de forma expresa, un sistema de gobierno de los jueces. La inviolabilidad parlamentaria, proclamada en la Constitución (art. 71 CE) y en los estatutos de autonomía, significa una cualificación especial de los parlamentos como órganos de representación democrática, no susceptibles de ser interferidos en su funcionamiento por ninguno de los demás poderes del Estado. Es, así, una supracategoría jurídica que envuelve a otras muchas, entre ellas a la inviolabilidad de los parlamentarios y a su inmunidad. De la misma manera, incluye el principio de autoorganización de las cámaras, de su titularidad exclusiva para dictar las normas de funcionamiento, y el poder único de la Mesa y el Pleno del parlamento en relación con todas las funciones vinculadas al ejercicio de sus potestades.

Por lo tanto, no hay jurisdicción superior que pueda imponer mandato de tipo alguno al ejercicio de la función parlamentaria. Cuando el Tribunal Constitucional interviene, lo hace, bien mediante los recursos previos de inconstitucionalidad y frente a algunos tipos de normas, bien mediante la impugnación de las leyes una vez han entrado en vigor. Y la actividad de los órganos parlamentarios es controlable jurídicamente *a posteriori*, a través del recurso de amparo, con ocasión de decisiones parlamentarias que puedan afectar

al derecho de participación de los parlamentarios cuando estos derechos de representación son conculcados por la propia cámara.

Consecuencia de lo anterior es que el Tribunal Constitucional no puede ordenar a una mesa, por concepto y porque no lo habilita su ley constitutiva, ni siquiera después de la reforma de la LOTC de 2015, la inadmisión de determinados tipos de iniciativas parlamentarias. Sí puede, en cambio, determinar *a posteriori*, y si tal decisión es recurrida, si aquella admisión era atentatoria de derechos fundamentales.

También consecuencia de lo anterior es que los miembros de la Mesa o del Pleno de un parlamento, no pueden ser procesados penalmente en caso de incumplir ese mandato del Tribunal Constitucional. En efecto, la inviolabilidad es una prerrogativa de los parlamentarios cuya finalidad es la de asegurar la independencia del parlamento frente a los otros poderes del Estado. En el ámbito estatal, el artículo 71 de la CE establece que los diputados y senadores (extensible a los diputados autonómicos en sus estatutos respectivos) gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; opiniones que, obviamente, comprenden los votos que emitan en el seno de la cámara de la que forman parte (STC 36/1981). La inviolabilidad, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, impide la apertura de cualquier tipo de procedimiento. Por lo tanto, no garantiza solo la no responsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, sino que constituye un verdadero privilegio frente a la mera incoación de cualquier procedimiento. Es un límite a la jurisdicción de carácter absoluto, sea cual sea el contenido de la opinión o del voto emitido (STC 30/1997).

Delimitado en estos términos el contenido del artículo 23.2 de la CE, el voto positivo de la Sra. Forcadell como miembro de la Mesa a la tramitación de determinadas iniciativas parlamentarias, incluidas aquellas en las que desatendía requerimientos del Tribunal Constitucional, estaba amparado en el derecho fundamental al libre ejercicio de cargo público y protegido por la prerrogativa de la inviolabilidad. La entonces presidenta, como miembro de la Mesa y garante de la inviolabilidad del Parlamento frente a las injerencias de otros poderes del Estado, cumplió escrupulosamente en todo momento con su función parlamentaria. Y la inviolabilidad parlamentaria la custodiaba ante la apertura de cualquier procedimiento por la emisión de su opinión o voto en ejercicio de sus funciones.

Al ser incompatible el hecho de ejercer al mismo tiempo un derecho fundamental, como sería el caso, y cometer un delito, la condena a la entonces presidenta del Parlamento catalán a las penas de 11 años y 6 meses de prisión y 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta por la comisión de un delito de sedición inexistente supone una quiebra del derecho a ejercer el cargo público libre de injerencias (art. 23.2 CE) y, por ende, como después se dirá, del derecho a la legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la CE.

1.2 El derecho de reunión (art. 21.1 CE): los casos de Jordi Cuixart y Jordi Sànchez

De acuerdo con la sentencia examinada, los Sres. Cuixart y Sànchez, respectivamente, presidentes de Òmnium Cultural (OC) y de la Assemblée Nacional Catalana (ANC), actuaron como la “rama civil” del entramado sedicioso.

La sentencia, que no desconoce que en este caso está en juego el derecho de reunión de los encausados, dedica escasamente tres páginas (244-247) a resolver una cuestión de tanta trascendencia como esta. Y su punto de partida no es el que exige el Tribunal Constitucional, esto es, el del contenido del derecho fundamental invocado —en este caso, el derecho de reunión— sino el de sus límites (“La legitimidad del derecho de reunión está fuera de controversia. Pero también lo está la existencia de límites al ejercicio de este derecho”, p. 244). Desde esta perspectiva, se dice en la sentencia que una cuestión es la disidencia política y otra muy distinta “la oposición activa y concertada, frente a actuaciones de agentes de la autoridad con respaldo legal y constitucional encaminadas pura y llanamente a dar cumplimiento a un específico y muy concreto mandato judicial. La estrategia desplegada que, en buena medida, fue estimulada y alentada con entusiasmo y un innegable poder convictivo y movilizador por los acusados —cada uno de ellos en su propio ámbito de actuación— fue desplegada para lograr que la votación prohibida se llevase a cabo imposibilitando de hecho, mediante la interposición física, la actuación de los agentes de la autoridad. Y esa actuación, es indudable, desborda totalmente los linderos de lo que ha de considerarse legítimo derecho de reunión para la exteriorización de la protesta o crítica por la actuación de los poderes públicos” (p. 246-247).

Más adelante, cuando examina las conductas concretas de Cuixart y Sánchez, extiende esta actitud obstructiva a las concentraciones acaecidas el 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, de modo que el “alzamiento público y tumultuario” exigido en el tipo penal del artículo 544 del CP parece (solo lo parece porque nunca se dice así de forma indubitada) estar conectado en la sentencia, por lo que a estos dos dirigentes sociales se refiere, a esas dos fechas. La tesis central es, así, clara: “El derecho a la protesta no puede mutar en un exótico derecho al impedimento físico a los agentes de la autoridad a dar cumplimiento a un mandato judicial, y a hacerlo de una forma generalizada en toda la extensión de una comunidad autónoma en la que por un día queda suspendida la ejecución de una orden judicial. [...] [A]nte ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición” (p. 283). Se omite, pues, la circunstancia de que lo que está en juego es un derecho fundamental, y se prescinde, así, de situar un primer análisis en el ámbito de la delimitación del contenido del derecho en cuestión.

Si de este modo se hubiese operado, la sentencia hubiere tenido que llegar a la conclusión que el derecho de reunión, en la delimitación de su contenido, protege las reuniones pacíficas (arts. 21.1 CE y 11.1 CEDH) en las que sus promotores excluyen comportamientos violentos en su transcurso,³ garantizándose a través de la organización correspondiente un desarrollo en paz de la misma, de modo que durante su celebración no se instigue a la producción de desórdenes, a la comisión de un delito o se tolere su realización.⁴ *A sensu contrario*, por lo tanto, del derecho de reunión sólo se excluyen las reuniones no pacíficas —donde los manifestantes o reunidos llevan a cabo actos violentos—⁵ o con armas. Naturalmente, el carácter pacífico de la reunión no cuestiona el hecho de que haya incidentes, aunque sean graves, causados por una minoría, de manera que la protección del ejercicio constitucional de un derecho no puede quedar disponible al designio de esa minoría.⁶ Y así lo entiende el TEDH, para quien el hecho de que ciertos manifestantes hayan cometido actos violentos no afecta a la evaluación de la conducta de los organizadores de la reunión o de otros participantes (STEDH de 18 de julio de 2017, caso Mesut Yıldız y otros c. Turquía; y STEDH de 19 de noviembre de 2019, caso Razvozhayev c. Rusia y Ucrania y Udaltsov c. Rusia). Por su parte, la prohibición de portar armas se incumple cuando lo hace un número significativo de asistentes, de modo que quienes las llevan sean irreductibles para el propio servicio de orden de la concentración.⁷

Delimitado en tales términos el contenido del derecho, su haz de facultades constituye una técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo (SSTC 85/1988, 66/1995, 42/2000). Y la protesta se puede canalizar mediante el ejercicio de la palabra, donde su límite coincidiría con el de la libertad de expresión,⁸ o mediante acciones concretas: por ejemplo, podría consistir en un corte de carreteras,⁹ en una sentada,¹⁰ o en no acatar las órdenes de dispersión de la policía y seguir una marcha.¹¹ Se trata, en definitiva, de conductas que pueden incomodar u ofender a personas opuestas a las demandas o reivindicaciones que la reunión promueve, incluso conductas que deliberadamente impiden u obstruyen las actividades de terceros, esto es, actuaciones de resistencia

3 La carga de la prueba de las intenciones violentas de los organizadores de una manifestación incumbe a las autoridades (STEDH de 2 de febrero de 2010, caso Parti Populaire Démocrate-chrétien c. Moldova; y STEDH de 5 de enero de 2016, caso Frumkin c. Rusia).

4 Massó Garrote, i Marcos Francisco. (2016). El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la Ley de protección de seguridad ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo. *Estudios de Deusto*, 64(2), 101-126. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp101-126](http://dx.doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp101-126)

5 Actos violentos entendidos como actos de violencia física o intimidatoria (amenaza condicional, dirigida a lograr una alteración en la conducta del destinatario) para terceros. En este sentido, SSTC 59/1990 y 66/1995.

6 Por ello, la protección constitucional de este derecho fundamental no excluye la responsabilidad penal de quienes sean los autores de eventuales hechos violentos, en los términos previstos en los artículos correspondientes del Código Penal (arts. 513 y 514).

7 Sería reunión con armas aquella en la que la mayoría de los participantes, con el consentimiento de los organizadores, llevase objetos cuyo único objetivo fuera ser utilizados para atacar o defenderse. En este sentido, Torres Muro, Ignacio. (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas, pág. 65.

8 Como el Tribunal Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones, “el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria” (SSTC 85/1988, 66/1995).

9 En la STC 59/1990, el corte de carretera con obstrucción del tráfico se incluyó entre las facultades de este derecho porque no lesionó, en el caso concreto, el límite del orden público con peligro para personas o bienes. También el TEDH (caso Kudrevičius y otros c. Lituania, 26 de noviembre de 2013) ha amparado, en el artículo 11 del CEDH, un corte de carretera en ejercicio del derecho de manifestación.

10 STEDH de 19 de noviembre de 2019, caso Razvozhayev c. Rusia y Ucrania y Udaltsov c. Rusia.

11 STEDH de 5 de diciembre de 2006, caso Oya Ataman c. Turquía.

pacífica como bloqueos o sentadas.¹² Lo relevante en estos supuestos es, como dice el Tribunal europeo en la sentencia de 5 de diciembre de 2006 (caso Oya Ataman c. Turquía), que en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia, a fin de que la libertad de reunión no sea desprovista de su contenido.¹³

Bien es sabido que el orden público opera en el artículo 21.2 de la CE como límite expreso al ejercicio del derecho de reunión. Y que pierde, en clave constitucional, aquel regusto franquista que durante tantos años mantuvo el Tribunal Supremo, cuando adoptaba el dato de la ideología de los procesados como valorativo y determinante del fallo al confluir con el orden público,¹⁴ y juzgaba a los procesados por lo que “eran” y no por lo que habían hecho.¹⁵ Cambia, pues, radicalmente esta noción del “orden público” con la Constitución de 1978. Porque, según el Tribunal Constitucional, “interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, [...] se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político” (STC 66/1995).

Por ello, por una parte, el concepto material de orden público que el Tribunal exige para limitar el derecho de reunión incluye solo peligros para personas o bienes derivados de las acciones violentas que puedan producirse en la celebración pacífica de la concentración,¹⁶ “ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o a paliar los citados peligros” (STC 66/1995). Por otra parte, el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política, ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado. Al ponderar la aplicación del límite del artículo 21.2 de la CE, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir.

Acotado en este marco constitucional el derecho de reunión, la actividad pública de los Sres. Cuixart y Sánchez, en relación con las concentraciones que hipotéticamente podrían ser los focos de un alzamiento (20

12 Según se expone en los párrafos 17 y 26 del informe de la OSCE en que se establecen las directrices sobre el derecho de reunión pacífica. Fuente: OSCE-ODIHR. (2010). *Guidelines of Freedom of Peaceful of Assembly*.

13 En cuanto a las condiciones de ejercicio, el artículo 21.2 de la CE no exige comunicación previa a la autoridad para reuniones en lugares cerrados, pero sí para aquellas que discurran en lugares de tránsito público. Y la comunicación previa se presentará ante la autoridad gubernativa con una antelación mínima de 10 días y 30 como máximo; aunque, cuando existan circunstancias extraordinarias y graves, dicha comunicación podrá hacerse con una antelación mínima de 24 horas. Ahora bien, la no comunicación previa, de acuerdo con el TEDH, no sitúa extramuros del derecho de reunión una concentración si se celebra de forma pacífica porque “[...] en circunstancias especiales, cuando pueda estar justificada la reacción inmediata ante un acontecimiento político en forma de manifestación, la decisión de disolver la consiguiente reunión pacífica, solo por no haberse cumplido el requisito de notificación previa y sin que los participantes hayan incurrido en comportamientos ilícitos, constituye una restricción desproporcionada de la libertad de reunión pacífica” (STEDH de 17 de julio de 2007, caso Bukta y otros c. Hungría).

14 Y en doble sentido. En la STS de 28 de enero de 1964, por ejemplo, se deja sin sanción una conducta con una multa inicial de 25.000 pesetas porque “[...] el recurrente es persona de orden, amante del régimen actual, hace gala en todo momento de absoluto patriotismo, se dedica en unión de su hermana a hacer obras de caridad...”.

15 SSTS de 15 de diciembre de 1964, 29 de abril de 1965, 18 de marzo de 1969, entre muchas otras.

16 Acciones violentas puntuales que, por lo tanto, no pueden consistir en una “violencia o intimidación ambiental” en el sentido de la STS 161/2015 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (caso “Aturem el Parlament”). “Violencia o intimidación ambiental” que en esa sentencia se describe como un “clima coactivo” o “atmósfera intimidatoria”, “en el que se desarrollaron varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal”. Pero lo que el Tribunal Supremo denomina “intimidación ambiental” era, en ese caso, el ejercicio de un derecho fundamental. No es, pues, aceptable partir de la base de que las acciones realizadas en el marco de la manifestación poseyesen, por ese mismo hecho, carácter intimidatorio. Antes al contrario, para evitar el “efecto desaliento” en el ejercicio de este derecho, cabe interpretar que solo aquellas acciones que resultasen inequívocamente violentas o intimidatorias, aun dentro del marco propio de una manifestación pacífica, podrían ser consideradas típicas. De ahí que resulta obligada una interpretación restrictiva de los conceptos de violencia y de intimidación en el caso de los actos llevados a cabo en el contexto de manifestaciones. En este sentido, Paredes Castañón, José Manuel. (2016). Caso “Aturem el Parlament”: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación. En María Luisa Cuerda Arnau y Juan Antonio García Amado (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana* (p. 171-191). Valencia: Tirant lo Blanch.

de septiembre y 1 de octubre), es perfectamente incardinable en el contenido del mismo. Si se parte, como debe partirse, de acuerdo con el texto constitucional, de las conductas que Cuixart y Sánchez desplegaron los días 20 de septiembre y 1 de octubre, y no de lo que defendían o pensaban,¹⁷ lo cierto es que sus llamadas a concentrarse —que en ningún caso fueron las únicas, ya que numerosas asociaciones, personalidades y ciudadanos en general convocaron ambos días a la protesta— siempre estuvieron condicionadas a que aquellas concentraciones se desarrollaran pacíficamente; y así lo reconoce la propia sentencia (p. 242: “La Sala no cuestiona su compromiso con la no violencia, siempre elogiabile. Tampoco desconfía lo más mínimo de sus convicciones pacifistas y su repudio de actuaciones violentas”). Y el transcurso de esas concentraciones continuó siendo pacífico en los términos del artículo 21.1 de la CE, porque los puntuales actos de violencia descritos en la sentencia no fueron lo suficientemente numerosos como para afirmar que ambas concentraciones se tornaron violentas. La única violencia masiva que tuvo lugar el 1 de octubre, en concreto, fue la que emplearon los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, según reconoce la Sala, aunque la justifica; porque “ante la actitud tácticamente predispuesta de quienes se apostaron en las entradas de los centros, los agentes de Policía Nacional y Guardia Civil se vieron obligados al uso de la fuerza legalmente prevista” (p. 54).¹⁸

Pero, de hecho, la cuestión de la violencia no le importa a la sentencia en absoluto. Lo relevante para ella —insistiremos después— no es que en esas concentraciones tuvieran lugar actos de violencia física o intimidatoria (más bien parece que alude a una “violencia ambiental”, término que, como se ha indicado, le bastó para transformar un ejercicio de derecho de reunión en delito en la STS 161/2015),¹⁹ sino que lo que le interesa es que “el ámbito legítimo de protesta y de lucha por las propias ideas políticas y sociales quedó desbordado cuando los Sres. Sánchez y Cuixart lideraron el impedimento material de ejecución de decisiones judiciales, cuando abanderaron la derogación *de facto* —impuesta— de los principios constitucionales, en un determinado territorio y en unas determinadas fechas. Y ese desbordamiento los convierte directamente en responsables de las consecuencias penales que el ordenamiento jurídico asocia a esas conductas de aniquilación del pacto constitucional (p. 242).²⁰

Pues bien, al margen de que no es cierto que los Sres. Cuixart y Sánchez lideraran “el impedimento material de ejecución de decisiones judiciales”, porque ninguna actuación pública o ejecución de sentencia se imposibilitó ni el día 20 de septiembre ni el día 1 de octubre²¹ (se afirma en sentencia, pero no está entre los hechos probados qué es lo que se impidió), lo que se constata es que a la atribución directa de responsabilidad

17 Desde la perspectiva del ejercicio del derecho fundamental de reunión resultaba indistinto, como se ha descrito, cuál era el fin de las protestas o la posición ideológica de sus convocantes, puesto que el límite del orden público no constituye un sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social, sino que constituye un límite si se ponen en peligro personas y bienes. Y eso, como se desprende de la sentencia, no tuvo lugar.

18 Según Guillermo Portilla, con ese uso de la fuerza, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quebrantaron el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de septiembre de 2017, y la Instrucción núm. 6/2017, de la Fiscalía Superior de Cataluña, de 26 de septiembre, dirigida al mayor de los Mossos d’Esquadra, contraviniendo, además, los criterios de adecuación, congruencia y oportunidad y la recomendación del auto sobre la actuación policial en ese contexto: requisar urnas, papeletas, ordenadores, *siempre que no se alterara la normal convivencia de unos ciudadanos* que ejercitaban un derecho fundamental a concentrarse. Tampoco cumplieron con la labor subsidiaria de auxilio judicial a los Mossos. De hecho, sigue afirmando Portilla, la única violencia del 1 de octubre fue la ejecutada por los funcionarios policiales excediéndose en el cumplimiento del deber. Fuente: Portilla, Guillermo. (no publicado). *Principio de legalidad y delito de sedición*.

19 Véanse, por ejemplo, los comentarios a esta sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de Paredes (2016) (*op. cit.*) y los de: Wilhelmi, Marco Aparicio. (2015). Poniendo el derecho a la protesta a régimen. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo. *Jueces para la Democracia*, 83, 13-28.

20 Aquí se ve de forma clara que la Sala confunde la regulación actual, que contempla la sedición como un delito contra el orden público, con la anterior a 1995, cuando la sedición era un delito contra la Constitución. Tiene en mente, pues, la “rebelión en pequeño” que constituyó en su día el delito de sedición.

21 La concentración del 20 de septiembre ante la Consejería de Economía, que fue comunicada a la autoridad competente por la ANC, tenía por objeto protestar por las entradas y registros que se estaban llevando a cabo y por la judicialización de un conflicto político, no impedir la diligencia de entrada y registro ni provocar un enfrentamiento con las fuerzas y cuerpos de seguridad. Nadie intentó asaltar la Consejería, ni imposibilitar la actuación de la comitiva judicial; la protesta fuera de la Consejería se mantuvo durante todo el día en un ambiente reivindicativo, pero pacífico y festivo. Por ello, la letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona pudo practicar los registros en la Consejería de Economía y Vicepresidencia de acuerdo con el artículo 569 de la LECrim, y salir posteriormente custodiando todo el material requisado. El día 1 de octubre no se impidió tampoco el ejercicio de actuaciones públicas: la Ley de referéndum estaba suspendida y carecía de eficacia jurídica, por lo que la votación refrendaria se situaba fuera del ámbito jurídico. Los votos emitidos simbólicamente, eso sí, respondían a un legítimo ejercicio de las libertades de expresión e ideológica, sin consecuencias jurídicas para el ordenamiento vigente. Nada se impidió tampoco ese día por parte de la ciudadanía, como sí exige el tipo penal de la sedición.

penal se llega bajo la consideración implícita de que los tipos penales (en este caso, la sedición) operan como límites absolutos al ejercicio de los derechos fundamentales, omitiendo la exigencia constitucional de atender, *prima facie*, al contenido de los mismos.

Ya se ha dicho que esta es una exigencia metodológica del Tribunal Constitucional cuando entran en juego derechos fundamentales y sanciones penales. Y también lo es del TEDH, quien precisa que, si las sanciones a imponer a unos manifestantes son de naturaleza criminal, requieren una justificación particular (STEDH de 17 de noviembre de 2009, caso Rai y Evans c. Reino Unido). Porque una manifestación pacífica —del contenido del derecho de reunión debe partirse— no debería, en principio, quedar sujeta a la amenaza de una sanción penal, y especialmente a la privación de libertad (STEDH de 17 de mayo de 2011, caso Akgöl y Göl c. Turquía; STEDH de 18 de junio de 2013, caso Gün y otros c. Turquía).

Ninguna justificación particular, sin embargo, se encuentra a lo largo de la STS 459/2019 acerca de la naturaleza —violenta o no— de la conducta de los Sres. Cuixart y Sánchez, como se ha indicado. Se omite, pues, esa referencia específica a la naturaleza violenta de su conducta a fin de desligarla del ejercicio legítimo del derecho de reunión. Y el sentido condenatorio de la sentencia, también se ha insistido, se explica fundamentalmente por entender que los hechos considerados probados incluían un propósito delictivo: impedir la aplicación de las leyes, el legítimo ejercicio de funciones de autoridades o funcionarios, o el cumplimiento de resoluciones judiciales. Es claro, pues, que la pena de prisión se impone por la intencionalidad de la protesta y que el Tribunal Supremo no distingue entre finalidad política (protesta por detenciones, el 20-S; protesta por no dejar celebrar un referéndum, el 1-O) y finalidad delictiva. Y tal intención delictiva se sobrepone a cualquier otra consideración; por ello, es indiferente que hubiese o no un alzamiento, que fuese tumultuario o que tuvieran lugar actos de violencia (ya se ha visto que se recurre a una suerte de “violencia ambiental”).

En tales términos, la sentencia examinada vulnera los artículos 21.1 CE y 11.1 CEDH. Vulneración que se refuerza por el sentido disuasorio de ejercicio de derechos fundamentales que ha tenido la condena (en el sentido de la STEDH de 19 de noviembre de 2019, caso Razvozhayev c. Rusia y Ucrania y Udaltsov c. Rusia). Ciertamente, la severidad de las penas con las que Cuixart y Sánchez han sido condenados ha tenido un efecto disuasorio inevitable, respecto de ellos, de sus partidarios, así como de la ciudadanía en general, de asistir a manifestaciones y “de participar en un debate político abierto”. Y como en el caso del TEDH ahora citado, el efecto de esta sanción “se ha amplificado aún más por el hecho de que está dirigida a una conocida figura pública, y por la amplia cobertura mediática”.

Lo anterior conduce a una clara conclusión: las conductas de los Sres. Cuixart y Sánchez estaban amparadas por el derecho de reunión, que ha resultado lesionado por la respuesta penal que ha merecido su conducta. Por ello también, como seguidamente se analiza, se ha producido una injerencia ilegítima en su derecho fundamental a la legalidad penal.

2 El derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE): los casos de los nueve condenados por delito de sedición

La STC 459/2019, como es conocido, califica los hechos probados como constitutivos de un delito de sedición, descrito en el artículo 544 del CP, e impone tal pena a nueve de los doce encausados. De la configuración de tal delito en el Código Penal vigente podrían denunciarse, como hacen Mira y Boix (2019: 127),²² su claro sesgo autoritario; su uso como instrumento de represión penal de las libertades públicas (básicamente, en el ámbito de los derechos de huelga y de reunión); el carácter sumamente abierto e impreciso de los términos con los que está descrito, en clara contradicción con las exigencias derivadas del principio de taxatividad penal; o, desde la perspectiva comparada, el hecho de ser España de los pocos Estados democráticos que aún contemplan tal trasnochado delito que necesitaría de una urgente reforma. Siendo estas cuestiones de enorme interés, en estas páginas lo que se analizará, pues a un análisis constitucional deben ceñirse, es la concreta

²² “[...] creemos que es de todo punto necesario no olvidar en ningún momento ninguna de estas tres circunstancias: el claro sesgo autoritario que en sí mismo tiene este delito, su uso como instrumento especialmente adecuado para reprimir penalmente el ejercicio de las libertades públicas y, como soporte para lograr a esto último, el carácter sumamente abierto e impreciso de los términos con los que está descrito el tipo vigente de sedición”. Fuente: Mira Benavent, Javier, y Boix Reig, Javier. (2019). A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 82-83, 122-133.

subsunción que la STS 459/2019 hace de los hechos encausados en el delito de sedición desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal.

La jurisprudencia constitucional ha ido paulatinamente incorporando al indicado derecho todos los elementos característicos del principio de legalidad penal que aparecen conjuntados en la expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*. Así, comprende tanto una exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal, la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables y de la analogía *in malam partem*, como un mandato de taxatividad en la descripción y aplicación de los tipos penales (SSTC 75/1984, 101/1988, 127/1990, 177/1992, 372/1993, 6/1994, entre muchas otras).

De todo este conjunto de manifestaciones del derecho a la legalidad penal interesa tratar aquí, en relación con la concreta subsunción de hechos y penas realizada por la STS 459/2019, las relativas a su falta de taxatividad en aplicación de las mismas por incurrir en una interpretación extensiva *in malam partem* que, por ello mismo, ha comportado la imprevisibilidad de la condena.

2.1 Desde la perspectiva de la taxatividad: la prohibición de una interpretación extensiva *in malam partem* de las normas penales

La exigencia de la taxatividad lo es en relación con la descripción de los tipos penales, cuestión que, como ya se ha dicho, no se abordará aquí; pero también lo es con su determinación a través de una labor exegética por parte del intérprete y aplicador de la norma, quien debe llevarla a cabo siguiendo pautas objetivas, basadas en el principio *in dubio pro libertate* (STC 53/1994), sobre la base de los criterios interpretativos gramatical y teleológico Huerta (2018: 735),²³ y alejado tanto de una aplicación analógica, que extiendan la norma penal a hechos que no contempla, como de una interpretación extensiva *in malam partem* de las normas penales. Y existirá vulneración del principio de legalidad penal por aplicación analógica o extensiva *in malam partem* cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (STC 137/1997).

A la luz de estos planteamientos, se alcanza una primera conclusión a desarrollar: la STS 459/2019 se sustenta en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada (art. 544 CP), de acuerdo con una argumentación cuyo soporte axiológico parte de una base valorativa impropia de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, y que, por ello mismo, conduce a un resultado imprevisible para sus destinatarios. Porque imprevisible es que, para condenar por sedición, el juzgador adapte el tipo a los hechos y transforme la exigencia del “alzamiento tumultuario” de la sedición en un nuevo tipo delictivo en el que no se exige ni un alzamiento ni la producción de hechos violentos.

Comencemos por esta última cuestión. La frontera entre el alzamiento del delito de sedición y una concentración de protesta se halla, entre otros elementos, en el de la existencia o no de violencia. Si no hay violencia, en principio, hay ejercicio del derecho de reunión. Y la sentencia, como ya se ha indicado, es incapaz de relatar situaciones de verdadera violencia generalizada los días 20 de septiembre y 1 de octubre. De ahí que, en la medida en que el artículo 544 del CP presenta cierta laxitud a la hora de precisar las condiciones del “alzamiento tumultuario” —por la fuerza o fuera de las vías legales—, no dude en calificar de sedición lo que no pasaron de ser —como se lee en sus fundamentos— “comportamientos hostiles”. Y, desde esta perspectiva, rechazando la opinión de aquellos que entienden que la exigencia de violencia en el delito de sedición es inherente al término *alzamiento*, hace suyo el discurso argumental que, basado en “autorizados criterios doctrinales”, razonan que la expresión *tumultuario* no puede tener otra significación que la de “abierta hostilidad”, y adicionan “un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza, como expresa la alternativa modal entre ésta o ‘fuera de las vías legales’, pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias, injuriosas, etc.” (p. 281). Y, así —se sigue diciendo—, “Los contornos del delito de sedición —otra cosa sería probablemente la violencia que caracteriza a la rebelión— quedan cubiertos cuando del simple requerimiento a quienes

23 Huerta Tocildo, Susana. (2008). Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal. En María Emilia Casas y Miguel Rodríguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Wolters Kluwer.

permanecían aglomerados y compactados se pasa al necesario intento de anular su oposición. También cuando los agentes tienen que claudicar y desistir de cumplir la orden judicial de que son portadores ante la constatada actitud de rebeldía y oposición a su ejecución por un conglomerado de personas en clara superioridad numérica. A este formato responden los casos más numerosos, a la vista de que en casi todos los colegios se personaron los agentes de los Mossos d'Esquadra. Igual significación penal hay que atribuir al anuncio por los congregados de una determinada actitud de oposición a posibilitar su actuación, incluso mediante fórmulas de resistencia —si se quiere, resistencia *no violenta* por acoger la terminología de la prueba pericial propuesta por D. Jordi Cuixart—. 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” (p. 283).

En concreto, el día 20 de septiembre, “La hostilidad desplegada hizo inviable [...] que los funcionarios dieran cumplimiento con normalidad a las órdenes del Juzgado núm. 13 de Instrucción de Barcelona, ocasionando miedo real, no solamente en los funcionarios que ejecutaban legítimas órdenes jurisdiccionales —es el caso de la Letrada de la administración de justicia actuante en la sede de la Vicepresidencia—, sino en los funcionarios autonómicos bajo investigación, que habían de ser trasladados, por exigencia legal, a los inmuebles en los que se estaban practicando los registros. Se trataba de los mismos funcionarios a los que los sediciosos decían querer defender, cuya presencia fue efectiva y definitivamente impedida por los acusados que lideraron la tumultuaria movilización”. Y los comportamientos del día 1 de octubre “implicaron el uso de fuerza suficiente para neutralizar a los agentes de policía que legítimamente trataban de impedir la votación, según venían obligados por expreso mandato judicial. Se perseguía así abortar el cumplimiento de las órdenes de la magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Tribunal Constitucional” (p. 284-285).

Este planteamiento, sin embargo, no se puede compartir. Si, según la Sala, el alzamiento ha de ser tumultuario, y “tumultuario” se identifica con “abierta hostilidad”, y ello, a su vez, se materializa en actitudes “intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas”, las cuales bastarían para integrar el tipo de sedición, tal concatenación hermenéutica comporta una clara interpretación extensiva del tipo, tanto más cuanto este colinda con un legítimo ejercicio de la protesta, como sucede significadamente con el ejercicio del derecho de huelga o del derecho de reunión o manifestación.²⁴

En efecto, y en lo que aquí nos ocupa, las reuniones y manifestaciones se desarrollan, según ha señalado el Tribunal Constitucional,²⁵ en un ámbito de protesta, de reivindicación, frente a decisiones o actuaciones de particulares y de los poderes públicos, y constituyen un importante instrumento de presión para alcanzar las finalidades perseguidas. Por todo ello, y al igual que ocurre con el ejercicio del derecho de huelga, el ejercicio del derecho de reunión desemboca en muchas ocasiones en la aparición de un espacio de abierta hostilidad, que se transforma necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas. La reivindicación y la protesta, a menudo expresadas de forma enérgica, conforman el ámbito del ejercicio del derecho de reunión, que en la delimitación de su contenido encuentra la exigencia de una reunión pacífica en la que no se lleven a cabo actos violentos (entendidos como actos de violencia física o intimidatoria para terceros) y, en sus límites, la alteración del orden público con peligro para personas o bienes, en los términos ya señalados. La frontera entre el legítimo ejercicio del derecho de reunión y una conducta extramuros del mismo capaz de conformar un tipo penal se encuentra, pues, en la utilización de la violencia o la intimidación, lo que sucede con los tipos penales, en mayor o menor grado, recogidos bajo la rúbrica de “Delitos contra el orden público” del título XXII (atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia, desórdenes públicos...), cuyo primer artículo es, precisamente, el relativo a la sedición.²⁶ Siendo

24 Mira y Boix (2019: 128) recuerdan, en este sentido, “[...] la construcción del concepto de huelga sediciosa construido a partir del artículo 222.2 CP del anterior Código penal o el uso que se hacía de la sedición para reprimir manifestaciones en lugares de tránsito público”.

25 Según el Tribunal Constitucional, para muchos grupos sociales y políticos, el derecho de reunión y manifestación es en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones e influir así en la formación de la opinión pública (STC 66/1995).

26 Como señalan Mira y Boix (2019: 129): “En todos estos delitos está presente el uso de violencia o intimidación en diferentes formas o grados (de lo que depende, a su vez en muchas ocasiones, junto con la concurrencia de otras circunstancias, la mayor o menor gravedad de las penas impuestas). Y el mismo patrón debería seguirse en el delito de sedición que aquí nos ocupa castigado en el artículo 544 CP que precisamente abre en el Código penal el Título XXII del Libro II, pues [...] las conductas descritas en el tenor literal de este precepto consistentes en impedir la aplicación de las leyes o el cumplimiento de resoluciones administrativas, pero llevadas a cabo sin violencia o intimidación, no deberían pasar de ser calificadas de simple delito de desobediencia. El delito de desobediencia es un tipo residual que ocupa el rango más bajo dentro de este grupo de delitos”.

ello así, no puede ser que el primer y más grave delito contra el orden público pueda estar presente sobre la base de una conducta llevada a cabo “fuera de las vías legales” sin violencia o intimidación, pero sí con actitudes “intimidatorias, amedrentatorias o injuriosas”.

Como tampoco puede estar presente el tipo de sedición sin alzamiento. Y la sentencia no es capaz de determinar —ya se ha apuntado— cuándo dicho alzamiento tuvo lugar. En algunos de sus fundamentos parece que se perpetró el día 1 de octubre de 2017. En otros se añade la concentración que tuvo el día 20 de septiembre ante la Consejería de Economía y Vicepresidencia. Y aún, en otros, se refiere a otras concentraciones ciudadanas que tuvieron lugar en Cataluña, durante, antes y después de las referidas fechas. Esos días, sin embargo, lo que sí hubo fueron concentraciones ciudadanas de protesta: el 20 de septiembre tuvo lugar una reunión pacífica de 40.000 personas ante la Consejería de Economía y Vicepresidencia, en lugar abierto y de tránsito público, y se desarrolló con absoluta normalidad desde la perspectiva del artículo 21.1 de la CE, puesto que en ningún momento se produjo una afectación del orden público. El día 1 de octubre, las concentraciones se produjeron en lugares cerrados, generalmente escuelas, y en su mayoría transcurrieron de forma pacífica (las que no, la violencia fue mayoritariamente policial), y con este condicionante fueron convocadas. Si, por ello mismo, estas concentraciones son amparables en el legítimo ejercicio del derecho de reunión, como ha quedado anteriormente explicado, no pueden constituir, a su vez, un alzamiento. Y sin alzamiento no hay delito de sedición.

En consecuencia, por una parte, la amplitud con la que está redactado el tipo de sedición del artículo 544 del CP, al referirse a la posibilidad de cometer el delito “fuera de las vías legales”, hubiere requerido una interpretación restrictiva que hubiese atendido, primero, a los confines del derecho de reunión y a la delimitación de su contenido a través de la noción de la violencia; y, después, al lugar sistemático que ocupa este delito dentro de los delitos contra el orden público castigados en el Código Penal. La decisión de la STS 459/2019 de recurrir a esa interpretación de “fuera de las vías legales” para colmar el delito de sedición supone una grave distorsión del principio de legalidad penal en su vertiente de la exigible taxatividad al intérprete y aplicador de las normas penales.²⁷ Como también lo supone confundir el legítimo ejercicio de reunión pacífica con un alzamiento.

2.2 Desde la perspectiva de una interpretación extensiva *in malam partem*: la imprevisibilidad de la condena

Desde la perspectiva del artículo 25.1 de la CE, la consecuencia más relevante de una interpretación extensiva *in malam partem* es la imprevisibilidad de la condena. En estos casos —como se avanzó— existirá vulneración del principio de legalidad penal cuando la exégesis del juez carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas. La imprevisibilidad, pues, es la puerta de entrada a que pueda llevarse a cabo un control constitucional de las operaciones de subsunción de la jurisdicción ordinaria (de forma clara, desde la citada STC 137/1997) a fin de evitar que las resoluciones judiciales resulten imprevisibles para sus destinatarios, impidiéndoles programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente.²⁸

Si, como se ha señalado, la STS 459/2019 no cumple con la exigencia de taxatividad en la subsunción de los hechos en la norma penal, su consecuencia tiene también claros efectos en la previsibilidad de las condenas. Y para ilustrarlo, baste recordar algunas de las cuestiones ya tratadas: el delito de sedición del artículo 544 del CP exige, como es sabido, un alzamiento público y tumultuario; pero la sentencia no determina cuándo

²⁷ Y una grave distorsión del principio de proporcionalidad, añaden Mira y Boix (2019: 131), por cuanto la sentencia rehúsa otras posibles calificaciones legales más atentas a la menor gravedad de los hechos derivadas de la ausencia de violencia o intimidación en sentido propio, como trataremos después.

²⁸ También el TEDH deriva del artículo 7 del CEDH el principio de que el derecho penal no puede ser interpretado en perjuicio del acusado a través de la analogía (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coeme y otros c. Bélgica; STEDH 6 de septiembre 2005, caso Baskaya y Okcuoglu c. Turquía). Así, cuando el TEDH habla de la necesidad de que el delito debe estar definido con claridad por el derecho, en realidad también exige que el sujeto debe poder tener la posibilidad de llegar a conocer la norma que prohíbe la conducta realizada y la sanción aplicable, concediéndose un mínimo espacio al error de prohibición (por todas, STEDH 17 de mayo de 2010, caso Kononov c. Letonia).

tuvo lugar dicho alzamiento, y confunde dicha forma delictiva con el legítimo ejercicio del derecho de reunión.

Tampoco hay sedición sin violencia, especialmente cuando se plantea en la órbita de los derechos de protesta, como el derecho de reunión. La sentencia, ya se ha visto, no puede relatar, entre los hechos probados, actos violentos generalizados.²⁹ Por ello mismo, para hacer encajar los hechos en el tipo de sedición, recurre a una noción que recuerda a la de la “violencia ambiental” de la ya citada STS 161/2015, y condena, así, actos de protesta: se refiere a la formación de “grupos de personas aglomerados y compactados”, “conglomerados de personas en clara superioridad numérica”, “aglomeraciones de personas impermeables a cualquier requerimiento”, o “fórmulas de resistencia no violenta”, que bien podrían encuadrarse en un ejercicio del derecho de reunión, pero que para la Sala suponen, en una interpretación extensiva del artículo 544 del CP, un “alzamiento tumultuario por la vía de hecho”. Al acogerse a este sorpresivo concepto que substituye al de violencia, no le resulta necesario declarar probado cuándo tuvo lugar un “alzamiento tumultuario”, sin el cual no hay delito de sedición.

Y tampoco hay sedición si no se alcanzan los fines mencionados en el artículo 544 del CP. Suponiendo que el alzamiento hubiera tenido lugar los días 20 de septiembre y 1 de octubre, no se contiene —conviene insistir—, entre los hechos probados, cuándo y cómo se impidió de forma generalizada la aplicación de la ley o el ejercicio de funciones públicas. Recuérdese lo ya indicado: en la sentencia se argumenta que, en la concentración del 20 de septiembre, a la que no le atribuyen actos de violencia, la movilización impidió que la Guardia Civil pudiera introducir en el edificio a los detenidos y que se cumpliera la orden judicial de registro con plena normalidad. Sin embargo, lo cierto es que en ningún momento se imposibilitó que la letrada de la Administración de Justicia realizara todos los registros que tenía encomendados, y en las condiciones señaladas en el artículo 569 de la LECrim. El hecho de que existiera una concentración de protesta ante el edificio en que se practicaron los registros —debe insistirse—, si bien no facilitó la labor policial, tampoco la impidió. Y el día 1 de octubre tampoco se impidió la aplicación de una ley o la ejecución de una actuación pública porque, como también se ha indicado, la suspensión de la ley que daba cobertura al referéndum que pretendía celebrarse le sustraía toda eficacia jurídica; de modo que las concentraciones ante los colegios electorales no transformaron en válida una votación que nacía fuera del ámbito de lo jurídico. Nada, pues, se impidió ese día por parte de la ciudadanía, como sí exige el tipo penal de la sedición.

En definitiva, entender por parte de la sentencia que un legítimo ejercicio del derecho de reunión (apoyado, además, en las libertades de expresión e ideológica) se transforma en un alzamiento sedicioso, no forma parte, desde la perspectiva del artículo 25.1 de la CE, del elenco de decisiones legítimas que la sentencia podía tomar sin vulnerar la exigencia de taxatividad y la previsibilidad de la condena; lo que comporta una ruptura de su sujeción a la ley constitucional.

29 Además de la sentencia, las diversas declaraciones testificales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad corroboraron que las conductas “agresivas” fueron excepcionales, reducidas más a supuestos de resistencia pasiva. Lo que más sorprende es que, ante esas agresiones declaradas, no se practicaran detenciones por delito de atentado a la autoridad (arts. 550 y 551): el artículo 492 de la LECrim obliga al policía a detener cuando estime la concurrencia de indicios racionales de delito y en casos de flagrante delito. Un comportamiento policial omisivo que sería, además, constitutivo de un delito (art. 408). Pues bien, como indica Guillermo Portilla (*op. cit.*), una de dos: o no se cometieron los actos violentos mencionados o los funcionarios incumplieron su deber.