

LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2019 DESDE LA PERSPECTIVA  
DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
THE SENTENCE OF 14 OCTOBER 2019 FROM THE PERSPECTIVE  
OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

*Luis López Guerra*

*Catedrático Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

La relevancia del CEDH. Examen de la Sentencia del Tribunal Supremo desde la perspectiva del Convenio, en relación con los derechos sustantivos del Convenio reconocidos en los artículos 10 y 11 del mismo: derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación pacíficas. Limitaciones y restricciones permitidas: justificación de la necesidad. Diferencias entre violencia y resistencia. Examen de proporcionalidad a las condenas por sedición impuestas. Derechos de libertad de expresión en el espacio parlamentario.

PALABRAS CLAVE

Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho al debido proceso, derecho de reunión y manifestación pacíficas, necesidad, proporcionalidad, libertad de expresión parlamentaria.

ABSTRACT

The relevance of the European Convention of Human Rights. Review of the Sentence of the Supreme Court from the perspective of the Convention, concerning the material rights of the Convention, established at the articles 10 and 11; rights to freedom of expression, assembly and pacific demonstrations. Allowed limitations and restrictions: justification of the necessity. Differences between violence and resistance. Test of proportionality to the convictions of sedition. Right to freedom of expression at the parliamentary space.

KEY WORDS

European Convention of Human Rights, right to the due process, right to pacific assembly and demonstration, necessity, proportionality, freedom of parliamentary expression.

# LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2019 DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra

Catedrático Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. Consideraciones previas. 2. Los temas a tratar. 3. Derecho al debido proceso: art. 6 del Convenio. 4. Afectación a derechos del artículo 11 del Convenio. 5. Violencia y derecho de reunión. 6. Requisitos para la restricción del derecho del artículo 11 del Convenio: legalidad y protección de un interés legítimo. 7. Proporcionalidad. 8. Otras cuestiones.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Previamente al análisis de la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2019, desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pueden ser convenientes algunas consideraciones. El Convenio Europeo, como tratado válidamente celebrado y oficialmente en España, es, en virtud de lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución, parte del ordenamiento interno. Aparte de ello, tiene una especial fuerza vinculante, dado que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución, es un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales.

Pues bien, si el examen de la Sentencia se lleva a cabo específicamente desde la perspectiva del Convenio, el enfoque presenta sus propias peculiaridades. No se trata ya de verificar si la actuación de los poderes públicos (en este caso, el Tribunal Supremo) es la adecuada a la luz de los mandatos del Código Penal, en el sentido de si se ha llevado a cabo una adecuada tipificación (y consecuente sanción) de los hechos, sino de comprobar

si esa actuación ha vulnerado o no alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, independientemente de la corrección del tipo penal aplicado. Por otra parte, esos derechos deben ser comprendidos teniendo en cuenta el significado que les ha dado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que, como ha aceptado el Tribunal Constitucional, corresponde al Tribunal de Estrasburgo «[...] concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio» (STC 91/2000). A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha recalcado que su labor no es actuar como tercera o cuarta instancia ni interpretar el Derecho interno de los Estados parte. Según la Sentencia *García Ruiz vs. España*, de 1999, § 28:

«[...] su misión es garantizar el respeto de los compromisos dimanantes del Convenio para las Altas Partes contratantes. En especial, no le incumbe conocer de los errores de hecho o de Derecho supuestamente cometidos por un tribunal interno, salvo en la medida en que puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por el Convenio».

Un análisis desde la perspectiva del Convenio no es, pues un análisis desde la dogmática penal ni, como se ha apuntado, sobre los aciertos o errores en la apreciación de los hechos o en su tipificación. El criterio a tener en cuenta es solo si la sentencia en cuestión se adecua a los mandatos del Convenio, interpretados por el Tribunal de Estrasburgo.

## 2. LOS TEMAS A TRATAR

La STS 459/2019, de cerca de quinientas páginas, aborda un conjunto muy amplio de cuestiones; baste recordar que las acusaciones (del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado y de la acusación popular) versaban sobre delitos tan diferentes como la rebelión, la sedición, la desobediencia, la malversación y la pertenencia a organización criminal. Por otra parte, las condenas impuestas a cada uno de los acusados podrían dar lugar (y probablemente lo darán) a controversias sobre su adecuación al Convenio Europeo. La presente exposición no pretende cubrir todos estos aspectos en relación con todos los condenados. Se centrará, sobre todo, en aquellas cuestiones que han resultado más controvertidas tanto en el procedimiento ante el Tribunal Supremo como en la opinión pública, cuestiones que, probablemente, también serán objeto de especial atención en los previsibles recursos ante el Tribunal Constitucional y (en su caso) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ello, la atención se dirigirá solo al contenido de la Sentencia del TS que pudiera dar lugar a controversias en relación con los derechos sustantivos reconocidos en los artículos 10 y 11 del Convenio (derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación), y por ello, y preferentemente, a las condenas por sedición impuestas a los miembros del Govern, a la presidenta del Parlamento de Cataluña y a los líderes políticos Jordi Sánchez y Jordi Cuixart. Lo referente a las condenas por malversación y desobediencia, si bien no deja de plantear cuestiones de interés desde la perspectiva del Convenio, quedará forzosamente fuera de este trabajo, excepto en lo que se relacione con su principal objeto.

### 3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO: ART. 6 DEL CONVENIO

No obstante, y previamente al análisis de la afectación de estos derechos sustantivos, es necesario examinar otra cuestión, también de notable relevancia tanto en el procedimiento como en la discusión pública: la referente a la existencia o no de un proceso justo, es decir, si, aparte de los contenidos concretos del fallo, se ha cumplido, a lo largo del procedimiento penal con las exigencias procedimentales del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este aspecto fue objeto de especial atención no solamente en las alegaciones de los acusados, sino también —y especialmente— en el texto de la Sentencia: una buena parte de ella (prácticamente de la página 60 a la página 195) se centra en esta cuestión y hace referencia a materias como los derechos al juez predeterminado por la ley, a un juez imparcial, a la presunción de inocencia, a la igualdad de armas o al derecho de defensa, entre otras. No es difícil colegir que las prolijas consideraciones al respecto del Tribunal Supremo (que contienen también amplias reflexiones sobre jurisprudencia comparada relativa al derecho a la autodeterminación emanada del Tribunal Supremo de Canadá o de los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania, así como apreciaciones críticas sobre la decisión del Tribunal Superior Regional de Schleswig Holstein de no conceder en todos sus términos la orden de detención y entrega solicitada por las autoridades españolas) responden al propósito de colocarse la venda antes de la herida, a la vista de un eventual replanteamiento del caso ante instancias como el Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A este respecto, cabría considerar que la Sentencia del TS cumple con este objetivo. Sin voluntad de predecir las posibles decisiones de esos tribunales, debe recordarse que la jurisprudencia de Estrasburgo (*Ankerl vs. Suiza*, 1996, § 38; *Centro Europa 7 S.r.l. y Di Stefano vs. Italia*, 2012, § 197; *Regner vs. República Checa*, 2017, § 161, entre otras muchas) mantiene consistentemente que la presencia de un debido proceso, a la luz de los criterios del artículo 6 del Convenio, debe apreciarse mediante un análisis conjunto del mismo, considerado como un todo. La presencia de posibles irregularidades procesales en determinados momentos no tiene por qué suponer forzosamente que el proceso no haya cumplido con las exigencias del artículo 6 del Convenio si globalmente puede deducirse que las garantías de los acusados han sido respetadas. Pues bien, teniendo en cuenta las características del procedimiento, de la vista oral celebrada entre el 12 de febrero y el 12 de junio de 2019, y del propio contenido de la sentencia que se comenta, cabe deducir en principio que, considerado el proceso en su conjunto, el Tribunal Supremo adoptó las medidas adecuadas para proteger su actuación frente a críticas basadas en la posible vulneración del artículo 6 del Convenio. Valga recordar que la vista fue transmitida íntegramente y en directo por televisión, que hubo un examen exhaustivo de testigos y que el Tribunal Supremo procedió en su Sentencia, como se dijo, a un examen pormenorizado de las objeciones planteadas por las defensas sobre la regularidad del procedimiento. Sin excluir que pudieran señalarse defectos en la práctica de diversas actuaciones, no parece que, examinado en su globalidad, el proceso se haya apartado de los requisitos del artículo 6 del Convenio en relación con el derecho a un juicio justo. Este punto no es especialmente controvertido. Como vamos a

ver, los mayores problemas se plantean en relación con los derechos sustantivos reconocidos en los artículo 10 y 11 del Convenio.

#### 4. AFECTACIÓN A DERECHOS DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO

Desde la perspectiva de los artículos 10 y 11 del Convenio, es importante tener en cuenta que la principal acusación que llevó a la condena de la mayor parte de los acusados se centraba en su participación en la organización y convocatoria del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017, pese a la prohibición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En su sentencia, el Tribunal Supremo admite que, tras la reforma del año 2005 del artículo 506 bis del Código Penal, la convocatoria de un referéndum ilegal no es en sí misma un delito. Sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal como la sentencia mantienen que el hecho de que la convocatoria de un referéndum ilegal no sea un delito no significa que las actividades conexas con esa convocatoria no puedan ser delictivas. En el caso, la convocatoria del referéndum significaba desobedecer prohibiciones judiciales, promover una asistencia multitudinaria a los centros de votación, y dar lugar a una resistencia y obstrucción masiva a la acción de las fuerzas policiales encargadas de impedir el referéndum, causando una alteración del orden. De acuerdo con el Tribunal Supremo, la responsabilidad criminal de los condenados no deriva del hecho de que el referéndum fuera ilegal, sino de la alteración de la paz pública resultante de la llamada a los ciudadanos a acudir en masa a los centros de votación con la obstaculización de la acción de las autoridades y el desorden público resultante.

La acusación más grave, pues, contra los condenados era que habían sido los organizadores y promotores de movilizaciones masivas frente a una expresa prohibición previa. Como consecuencia, y en principio, las medidas adoptadas contra ellos —y esencialmente la Sentencia condenatoria por aquellos hechos—, constituyen un impedimento frente a su llamada a los ciudadanos para que acudieran a determinados lugares para expresar sus preferencias en las urnas. En principio, ello sitúa la cuestión en el ámbito del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos humanos, que reconoce el derecho de reunión y manifestación pacíficas. Como señala el Tribunal en *Ezelin vs. Francia*, §. 39, las sanciones impuestas *a posteriori* a los participantes u organizadores de una reunión o manifestación deben considerarse restricciones a ese derecho y ser sometidas, por tanto, a los condicionamientos previstos en ese artículo.

El Tribunal de Estrasburgo ha reiterado la estrecha conexión de esos derechos con el reconocido en el artículo 10 del Convenio, esto es, el derecho a la libertad de expresión, puesto que ambos derechos participan de una finalidad común: asegurar la expresión de opiniones y actitudes. En el caso de la reunión y manifestación, tal expresión se lleva a cabo de forma colectiva.

Como consecuencia, el Tribunal considera el derecho de reunión y manifestación como una *lex specialis* con respecto a la *lex generalis* que representa el artículo 10 del Convenio. A este respecto, en *Ezelin vs. Francia*, (1991, § 37) el Tribunal estableció que:

«[...] aún teniendo en cuenta su papel autónomo, y su particular esfera de aplicación, el artículo 11 debe considerarse también en el presente caso a la luz del artículo 10. La protección de opiniones personales, asegurada por el artículo 10, es una de los objetivos de la libertad de reunión pacífica, consagrado en el artículo 11».

Con respecto al caso de que ahora se trata, es también doctrina del Tribunal de Estrasburgo que el derecho del artículo 11 protege no solamente a los participantes en reuniones o demostraciones, sino también a los que organicen y promuevan esas reuniones y manifestaciones (*Barraco vs. Francia*, 2009, §. 41; *Kudrevicius vs. Lituania*, 2016, § 91).

En consecuencia, las penas impuestas a los condenados por haber convocado a los ciudadanos catalanes a votar en el referéndum deben considerarse inicialmente una injerencia u obstáculo al ejercicio de su derecho de reunión y manifestación pacíficas reconocido en el artículo 11 del Convenio; por ello, tal injerencia ha de ser sometida a examen para determinar si reúne los requisitos exigidos por ese artículo. Pero antes de determinar si efectivamente el artículo 11 es aplicable a los hechos contemplados en la sentencia del Tribunal Supremo es necesario verificar si esa convocatoria a votar cumplía un requisito que constituye el elemento crucial en este caso, a saber, si la convocatoria a los ciudadanos era una invitación a participar pacíficamente en una reunión o concentración, y si ese llamamiento incluía o no alguna incitación a la violencia.

## 5. VIOLENCIA Y DERECHO DE REUNIÓN

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y como se deriva de la misma literalidad del mandato, el artículo 11 del Convenio protege únicamente el derecho de reunión pacífica, noción que no incluye aquellos supuestos de reuniones y manifestaciones en que los participantes y los organizadores tienen intenciones violentas (*Kudrevicius*, § 92; *Stankov y United Macedonian Organization Ilinden vs. Bulgaria*, 2001, § 77). Por ello, resulta de crucial importancia determinar si las actividades de los organizadores del referéndum del 1 de octubre de 2017 supusieron una convocatoria a realizar acciones violentas. Si ese fuera el caso, los condenados no podrían alegar que su actuación se encontraba protegida por el derecho de reunión del artículo 11 del Convenio. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como también ha indicado el TEDH, ilegalidad y violencia no son conceptos sinónimos: si una asamblea es efectivamente pacífica, el hecho de que sea ilegal no la excluye de la protección de ese artículo (*Kalabulut vs. Turquía*, 2009, § 35; *Primov vs. Rusia*, 2014, § 118).

Pues bien, tomando como punto de referencia el mismo texto de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo (y sin necesidad de proceder a un análisis de los hechos distinto del que establece la sentencia), no es en modo alguno posible llegar a la conclusión de que la preparación, organización y convocatoria del referéndum representara en forma alguna una llamada a la violencia.

En efecto, a pesar de que el TS dedica mucha atención y largas consideraciones a este tema, en ningún momento llega a pronunciarse, implícita o explícitamente, sobre la existencia de ese tipo de llamada. A este respecto, es útil diferenciar dos situaciones contempladas por la Sentencia: por un lado, la convocatoria del referéndum celebrado el 1 de octubre de 2017; por otro, la manifestación celebrada ante la Consejería de Economía el 20 de septiembre del mismo año.

En lo que atañe a la votación el 1 de octubre, ciertamente el Tribunal Supremo sostiene que hubo episodios de confrontación entre los votantes y las fuerzas de orden público que trataban de impedir la votación: «[...] la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada» (p. 266). Pero la Sentencia también afirma reiteradamente que se trataba de casos aislados (pp. 283, 298 y 372, entre otras). Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo (por ejemplo, las citadas *Stankov vs. Macedonia*, § 77; *Primov vs. Rusia*, § 155; *Schwabe y M. G. vs. Alemania*, 2011, § 103), la presencia de supuestos esporádicos e incidentales de violencia no priva a organizadores y participantes de su derecho de reunión pacífica; en cuanto a los organizadores, ha de atenderse a los propósitos de su llamamiento (*Karpyuk y otro vs. Ucrania*, 2015, § 234). La presencia de «episodios en ocasiones violentos» (p. 298) o de «hechos violentos más o menos numerosos» (p. 372) no implica (ni el Tribunal Supremo lo deduce) un llamamiento a la violencia por parte de los organizadores. Por otro lado, a la hora de analizar específicamente los casos concretos de violencia en esos episodios aislados, el Tribunal Supremo admite que las pruebas practicadas respecto a esos casos presentan serias dudas en cuanto a su apreciación:

«Los varios centenares de testigos que declararon en el plenario ofrecieron una versión filtrada por una profunda carga emocional. El número de personas que se concentraron en esos centros, las órdenes recibidas por los agentes de la autoridad y la dinámica de enfrentamiento que presidió su actuación, han impuesto en todos ellos —policías y ciudadanos— una memoria selectiva, un recuerdo parcial —consciente o inconsciente— que debilita enormemente la potencial carga probatoria de cada una de esas fuentes de prueba. Lo propio puede decirse de los acontecimientos que tuvieron lugar en distintos puntos de Cataluña el día 20 de septiembre» (p. 166).

El Tribunal Supremo hace referencia a una reunión del Govern de Cataluña con los jefes de la Policía catalana (Mossos d'Esquadra) antes del referéndum en la que los mandos policiales mencionaron explícitamente los riesgos para la seguridad y el orden público que podrían derivarse de una afluencia masiva de votantes. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (*Kudrevicius*, § 94; *Primov*, § 155), la mera posibilidad de que se produzcan incidentes violentos no puede justificar sin más la prohibición del ejercicio del derecho de reunión. Si se da esa posibilidad (por ejemplo, si se prevén contramanifestaciones o confrontaciones violentas), el deber de las autoridades es tomar las medidas necesarias para que el ejercicio del derecho de reunión se desarrolle sin incidentes (*Öllinger vs. Austria*, 2016, §§ 37-39). Un análisis *ex post* del supuesto de que se trata, y de la propia Sentencia del Tribunal Supremo, evidencia que, en contraste con las previsiones apuntadas, los incidentes violentos que se produjeron fueron episódicos y ocasionales (p. 298).

En todo caso, a la hora de analizar las intenciones de los organizadores del referéndum, a efectos de una tipificación concreta de los hechos, el Tribunal Supremo no encuentra que hubiera una incitación a la violencia ni cuando analiza el delito de rebelión ni cuando examina el delito de rebelión. Cuando procede a analizar la acusación por el delito de rebelión (que requiere un alzamiento público y violento, de acuerdo con el artículo 472 del Código Penal), tras señalar que «[...] no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión», el Tribunal concluye rechazando la acusación de rebelión, señalando clara y expresamente que ese rechazo se debe a la ausencia de violencia preordenada, instrumental o funcional en la llamada al voto:

«Una violencia —que existió y como tal la hemos declarado probada— que no pueda calificarse como funcional, preordenada o instrumental, no colma las exigencias típicas del delito por el que el Fiscal y la acusación popular formulan acusación» (p. 271).

«La exclusión del delito de rebelión, como propuesta final para el juicio de subsunción se produce, como venimos razonando, por la ausencia de una violencia instrumental, ejecutiva, preordenada y con una idoneidad potencial para el logro de la secesión» (p. 275).

Pero más allá de esa consideración, a la hora de examinar la acusación por sedición de la Abogacía del Estado (delito que requiere alzamiento público y tumultuario según el artículo 544 del Código Penal), aun cuando el Tribunal Supremo encuentra a varios de los acusados culpables de ese delito (penado con hasta quince años de cárcel), no justifica tal condena en la presencia de algún tipo de llamamiento a la violencia. Para justificar la condena, el Tribunal no solo expresa que la violencia no es un elemento necesario del tipo (pagina 280 de la sentencia: «[...] resulta obligado subrayar que la descripción típica no anuda al alzamiento público, presupuesto compartido con el delito de rebelión, su expresa caracterización como violento»), puesto que para consumir el delito basta con que se actúe «fuera de las vías legales». Además, admite, también expresamente, que para aplicar el artículo 544 e imponer las penas en él previstas bastaba que la conducta de los acusados incluyera «[...] una constatada actitud de rebeldía y oposición a la ejecución de órdenes judiciales» (p. 283). Se trata, pues, de fórmulas de resistencia, incluyendo resistencia no violenta:

«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 si sola apta e idónea para colmarlas exigencias típicas del delito de sedición» (p. 283. Subrayado del autor).

A lo largo de su Sentencia, el Tribunal Supremo deja claro que su apreciación de que los acusados eran reos del delito de sedición se basa en la existencia, como consecuencia de su llamada al voto, de una resistencia masiva, no de una resistencia violenta.

Similares consideraciones pueden aplicarse al segundo episodio tomado en consideración por la Sentencia, esto es, la concentración de más de cuarenta mil personas ante la Conselleria de Economía el 20 de septiembre de 2017 mientras las autoridades llevaban a cabo un registro en la sede de esa Conselleria. El considerable número de personas allí



concentradas obstaculizó la actuación y la salida de los encargados del registro. Pero, aun cuando el Tribunal Supremo consideró que la presencia de los manifestantes pudo haber ejercido un efecto intimidatorio sobre el equipo de registro, admitió también que la convocatoria de los organizadores de la manifestación no contenía llamada alguna a la violencia:

«Esos mensajes eran reflejo fiel de la voluntad, compartida por los coacusados del delito de sedición, de hacer todo lo posible (**con el límite —no se negará— de agresiones violentas**, a salvo las previsibles pero no evitables que pudiesen protagonizar elementos no disciplinados)» (p. 380. Subrayado del autor).

De hecho, la convocatoria llamaba a una concentración pacífica y los organizadores emplearon a voluntarios para mantener el orden; si, así y todo, se cometieron actos de vandalismo contra coches de la Policía, el Tribunal Supremo deja claro que «habían sido dañados por algunos de los manifestantes» y no atribuye responsabilidad alguna a los condenados por ese hecho.

En el texto de la Sentencia, el Tribunal Supremo insiste en que las condenas por sedición se basan en el hecho de que los llamamientos de los organizadores a votar y a manifestarse impidieron la actividad de las autoridades. Tanto la llamada a manifestarse el 20 de septiembre como la convocatoria a votar el 1 de octubre resultaron en la concentración masiva de personas. En el primer caso, la concentración obstaculizó la acción de las autoridades judiciales; en el segundo, la concentración multitudinaria en los lugares de votación imposibilitó la entrada de la Policía para impedir la votación. Ahora bien, en ningún caso el Tribunal Supremo estima que hubo una incitación a la violencia ni implícita ni explícita.

En consecuencia, al haberse excluido de la Sentencia la referencia al llamamiento a la violencia por parte de los organizadores, y dada la presencia solo episódica o incidental de violencia en la práctica, cabe examinar la actuación de los condenados desde la perspectiva del artículo 11 del Convenio en relación con los límites que pueden imponerse legítimamente al ejercicio del derecho de reunión y manifestación pacíficas para verificar si tales límites (en el caso, una condena de hasta trece años de cárcel) son compatibles con los mandatos de ese artículo y la interpretación de su contenido llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 6. REQUISITOS PARA LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO: LEGALIDAD Y PROTECCIÓN DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

El artículo 11 del Convenio permite la imposición de limitaciones o restricciones al derecho de reunión pacífica y establece una serie de requisitos para tal imposición. En el caso que aquí es objeto de análisis, debe recordarse que el referéndum había sido expresamente prohibido por varios mandatos de los tribunales y que los organizadores del referéndum han sido sentenciados a penas muy severas, que representan una restricción *a posteriori* del derecho de reunión. La cuestión que se plantea, por tanto, es si esa restricción se adecua a

los requisitos establecido por el artículo 11 del Convenio. Las observaciones que siguen se refieren a los miembros del Govern condenados por sedición; posteriormente, se añadirán algunos comentarios referentes a la presidenta del Parlament y a los dos líderes políticos (Jordi Sánchez y Jordi Cuixart) sin cargo político alguno.

El primer requisito del artículo 11 es que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar establecidas en la ley. La jurisprudencia de Estrasburgo señala que la ley en cuestión debe ser suficientemente clara en lo que respecta a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento de aquellas limitaciones (*Kudrevicius*, §§108-109). En cualquier caso, es imposible que las leyes prevean hasta el más nimio detalle (*Ezelin vs. Francia*, § 45), de forma que usualmente será necesaria una tarea de interpretación por los tribunales (*Kudrevicius*, § 110).

En el ordenamiento español, la convocatoria de un referéndum ilegal no es un hecho constitutivo de delito; las previsiones del Código Penal que criminalizaban los referéndums ilegales fueron derogadas en 2005. En el caso, se condenó a varios de los acusados por (entre otros) el delito de sedición (art. 544 del Código Penal). En la literatura penalista española no ha faltado un amplio debate sobre la delimitación de ese tipo penal, especialmente sobre el significado y alcance del término «fuerza» (dado que el CP define la sedición como la acción consistente en «[...] impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes»). Ciertamente, si se considerase que el artículo 544 carece de un nivel mínimo de claridad, ello podría dar lugar a plantear la cuestión referente a la vulneración no solo del artículo 11 del Convenio, sino también del artículo 7 del mismo, que exige la legalidad de delitos y penas. Sin embargo, si bien la dogmática penal puede discutir si la aplicación del artículo 544 era la más adecuada o si otra tipificación habría sido más acertada, no cabe duda de que los condenados conocían con toda certeza que existían órdenes de los tribunales prohibiendo el referéndum, y que, consiguientemente, su conducta podría ser acreedora de algún tipo de sanción; una condena penal de algún tipo era, por lo tanto, racionalmente previsible. Cuestión distinta era el tipo concreto que se les aplicaría, puesto que, en principio, según los propios escritos de acusación los hechos que estamos analizando eran subsumibles en varios tipos penales —desobediencia, rebelión o sedición—, tipos invocados por las acusaciones durante el procedimiento penal. Pero esta es una cuestión de apreciación técnica que debe llevar a cabo el tribunal encargado del caso; de cualquier modo, y por lo que se ha señalado, el requisito de previsibilidad de la sanción derivado del artículo 11 del Convenio se cumple con suficiente precisión.

El segundo requisito establecido por el artículo 11 del Convenio versa sobre la necesidad de que las restricciones al derecho de reunión pacífica respondan a una lista de intereses taxativamente enumerados en ese artículo. En el presente supuesto, y dado que el referéndum había sido expresamente prohibido, las restricciones impuestas (esto es, las penas impuestas *a posteriori* por el Tribunal Supremo) pueden considerarse dentro de la «protección de la seguridad nacional y el orden público» o «para evitar desorden y crimen», dos de los requisitos que figuran en la lista del artículo 11.

## 7. PROPORCIONALIDAD

Finalmente (y este suele ser el factor determinante a la hora de delimitar la legitimidad de las restricciones a derechos del Convenio), el artículo 11 establece que las restricciones o limitaciones al derecho de reunión pacífica deben ser «necesarias en una sociedad democrática». Respecto a este y otros derechos, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido amplia oportunidad de precisar en su jurisprudencia el concepto de «necesidad»; debe tratarse una necesidad imperiosa, y debe interpretarse restrictivamente, dada la importancia del derecho de reunión y manifestación como fundamento de una sociedad democrática (*Kudrevicius*, § 142). Un elemento esencial de la apreciación de esa necesidad es la proporcionalidad de las restricciones o limitaciones del derecho. Para ello, el Tribunal ha tenido en cuenta una serie de factores.

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado en muchas ocasiones que, puesto que las autoridades públicas pueden establecer condiciones y límites a la convocatoria de reuniones y manifestaciones, también pueden, coherentemente, imponer legítimamente sanciones o penas a los organizadores o participantes si no respetan esos límites y condiciones (*Ziliberg vs. Moldova* (dec.), 2004, § 2; *Primov vs. Rusia*, 2014, § 118). Las autoridades domésticas disponen de un margen de apreciación para determinar la naturaleza y extensión de esos límites y condiciones a la hora de imponer las correspondientes sanciones (*Kudrevicius*, § 156), siempre sujetas a la eventual revisión por el Tribunal de Estrasburgo. Pero, como se indicó, el TEDH ha establecido criterios más precisos. Por ejemplo, la ilegalidad de una reunión o manifestación no da a las autoridades un cheque en blanco para la imposición de sanciones; estas siempre deben estar sujetas al requisito de proporcionalidad (*Primov vs. Rusia*, § 11), ya que, como se dijo, reunión ilegal no equivale a reunión violenta. Y el Tribunal ha añadido otros criterios de orden sustantivo para evaluar la proporcionalidad de las restricciones y las sanciones. Por ejemplo —y señaladamente—, que si las reuniones y manifestaciones son pacíficas, no deben imponerse, en principio, límites bajo la amenaza de sanciones penales (*Akgöl y Göl vs. Turquía*, 2011, § 43) ni, sobre todo, bajo la amenaza de una eventual sanción de pérdida de libertad (*Gün y otros vs. Turquía*, 2013, § 83: «Por ello, [el Tribunal] recalca que una manifestación pacífica no debe, en principio, verse sometida a la amenaza de una sanción penal [...] y en particular, de una privación de libertad»). Este criterio conduce al Tribunal a manifestar que «[...] el Tribunal debe examinar con particular atención (*particular scrutiny*) los casos en los que las sanciones impuestas por las autoridades nacionales por conductas no violentas implican una condena de prisión» (*Taranenko vs. Rusia*, 2014, § 87).

Desde la perspectiva, pues, de los derechos reconocidos en el Convenio, no se trata de considerar si el tipo aplicable era efectivamente el de sedición (como mantenía la Abogacía del Estado) o de rebelión (como mantenían el Ministerio Fiscal y la acusación popular), cuestión esta a resolver por el Tribunal Supremo. Se trata, por el contrario, de verificar si las penas impuestas (independientemente del tipo elegido) guardan la necesaria relación de proporcionalidad con el interés protegido a la vista de la relevancia del derecho de reunión y manifestación en una sociedad democrática y su íntima vinculación con el derecho a la libertad de expresión.

En el presente caso, las penas impuestas a los miembros del Govern por haber organizado un referéndum y llamar a los ciudadanos a comparecer masivamente en los centros de votación el día 1 de octubre de 2017 corresponden esencialmente (en algunos casos, en concurso con otros) al delito de sedición, castigado con penas de diez a quince años de prisión en el caso de autoridades (artículo 545 del Código Penal). A la hora de apreciar la proporcionalidad de la pena, debe tenerse en cuenta que la duración de la pena de prisión impuesta es similar o superior a la correspondiente a delitos como agresión sexual (art. 180 CP), homicidio (art. 138 CP) o trata de personas (art. 177 bis CP). Algunos de los miembros del Govern fueron sentenciados, por el concurso de los delitos de sedición y malversación, a 13 años (Oriol Junqueras) o 12 años (Turull, Romera, Bassa); otros dos (Forn, Rull) fueron condenados, solamente por sedición, a penas de 10 años y seis meses de prisión. Pues bien, si se considera que la convocatoria a votar en el referéndum suponía forzosa-mente concentraciones masivas, pero no implicaba una incitación a la violencia por parte de los organizadores sino, y como admite el Tribunal Supremo, a la resistencia (aun cuando se tratara de una convocatoria ilegal), a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y aun tomando en consideración la agravación que para dos de los condenados supuso la apreciación de malversación, las penas impuestas se sitúan claramente fuera del criterio de proporcionalidad y, por lo tanto, no pueden ser incluidas en el concepto de «medidas imperiosamente necesarias en una sociedad democrática. Una cosa es la posibilidad de sancionar legítimamente conductas ilegales (en este caso, desobedecer órdenes judiciales que prohibían la votación) y otra es imponer a los organizadores de reuniones pacíficas —aun cuando ilegales— para la expresión de votos, opiniones o sentimientos políticos, sanciones de una severidad equivalente a las que el CP prevé para graves delitos contra la vida y la integridad física de las personas. Y ello además teniendo en cuenta que, como reconoce el Tribunal Supremo, el Estado disponía de medios suficientes y menos gravosos para evitar las consecuencias políticas perseguidas por la convocatoria de un referéndum ilegal:

«Bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del Boletín Oficial del Estado que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña» (p. 269).

## 8. OTRAS CUESTIONES

Surgen diversas cuestiones específicas en lo que se refiere a las penas impuestas a la presidenta del Parlamento de Cataluña, Carmen Forcadell, (11 años de prisión por sedición) y a los dos líderes políticos sin responsabilidades gubernamentales, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart (nueve años de prisión por sedición). Dados los límites de la presente exposición, se tratarán solo brevemente.

En lo que atañe a la Sra. Forcadell, la condena se le impuso por su actuación como presidenta del Parlamento de Cataluña en los procedimientos legislativos que condujeron

finalmente al referéndum de 1 de octubre de 2017. A partir de su Sentencia en el caso *Castells vs. España* (1992), la jurisprudencia de Estrasburgo ha subrayado la importancia que reviste, en los sistemas democráticos, la garantía de la libertad de expresión de los representantes del pueblo en el Parlamento. Obviamente, la garantía de esta libertad se refiere no solo al derecho de los miembros del Parlamento a expresar libremente sus opiniones y votos, sino también a la capacidad de organizar y decidir, en el ámbito parlamentario, reuniones, sesiones, agendas y calendarios para facilitar esa expresión. La restricción de esa libertad suscita graves cuestiones que afectan no solo a los artículos 10 y 11 del Convenio, sino también al artículo 3 del Protocolo 1, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a elecciones libres allí reconocido se vería reducido a la nada si se privase a los representantes electos de la capacidad de programar y llevar a cabo libremente sus funciones. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso (a diferencia de lo resuelto en la decisión *Forcadell y otros vs. España*, 2019), las restricciones al derecho en cuestión han consistido en sanciones penales muy graves.

Respecto a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, que no son en modo alguno autoridades públicas, sus condenas (ambos a 9 años de prisión) se basaron, esencialmente, no solo en su participación en la organización del referéndum (en la que, de todas formas, no habrían podido tener un papel equiparable al de los miembros del Govern), sino también —o sobre todo— en la organización y participación en la concentración ante la Conselleria de Economía el 20 de septiembre de 2017. A este respecto, y dadas las circunstancias de esa concentración, no puede considerarse que, al convocarla, desobedecieran orden judicial alguna. Desde esta perspectiva, y en lo que se refiere a los organizadores, la convocatoria de esa concentración difícilmente puede considerarse ilegal. Pero además, no puede estimarse (y la Sentencia del Tribunal Supremo no lo estima en forma alguna, sino que, como se vio, lo rechaza explícitamente) que los convocantes de la concentración tuvieran intenciones violentas ni que incitaran a la violencia o participaran en actos violentos. Ciertamente, la concentración supuso una alteración del orden público, puesto que la aglomeración de miles de personas obstaculizó la entrada y salida de la Consejería del equipo de registro. Pero ello parece más una consecuencia derivada naturalmente de una concentración masiva de personas que del ejercicio voluntario y premeditado de violencia contra cosas o personas.

**Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.**  
**Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.**