

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón*

CUESTIONES PROCESALES
RELEVANTES DE LA SENTENCIA
DEL *PROCÉS*

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 3, 2020

CUESTIONES PROCESALES RELEVANTES DE LA SENTENCIA DEL PROCÉS

por

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón*

RJC, núm. 3-2020, pgs. 645-686

RESUMEN: *La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre («Caso Procés. Independencia de Cataluña»), aunque es seguro que va a tener una repercusión más notable en el ámbito sustantivo, dado su análisis de los delitos de rebelión y sedición, es muy rica en cuestiones procesales, que giran todas ellas en torno a la alegada posible vulneración de diferentes derechos fundamentales de los acusados. Se analizan en este comentario los diversos temas que con esa naturaleza se abordan en la sentencia, como la competencia, la prueba, la adopción de medidas cautelares y la posible vulneración de la presunción de inocencia. En principio, el Tribunal Supremo ha analizado estas cuestiones con suma prudencia, pensando también en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a efectos de prevenir posibles revocaciones.*

Palabras clave: *Proceso penal, enjuiciamiento de aforados, derechos fundamentales, prisión provisional, presunción de inocencia.*

ABSTRACT: *Although the Spanish Supreme Court's Ruling No. 459/2019, of 14 October («Procés. Independència de Catalunya Case»), is certain to have a more notable impact in the substantive field, given its analysis of the crimes of rebellion and sedition, it is very rich in procedural issues, all of which revolve around the alleged possible violation of different fundamental rights of the accused. This commentary discusses the various issues of that nature addressed in the judgement, such as jurisdiction, evidence, the adoption of precautionary measures and the possible violation of the presumption of innocence. In principle, the Supreme Court has analysed these issues very cautiously, thinking also of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights, in order to prevent possible revocations.*

Keywords: *Criminal procedure, prosecution of politicians and officials with immunity, fundamental rights, provisional detention, presumption of innocence.*

SUMARIO: I. UNA CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EL ENJUICIAMIENTO EN ÚNICA INSTANCIA. 1. Preceptos aplicables. 2. La respuesta de la STS 459/2019. 3. El verdadero problema: La existencia del aforamiento. III. TEMAS PROBATORIOS RELEVANTES SUSCITADOS. 1. Interrogatorio de testigos. 1.1. El art. 708. 1.2. La restricción aplicada. 1.3. Las consecuencias. 2. Pruebas videográficas. 2.1. El hecho. 2.2. La decisión del TS. 2.3. La posible vulneración del principio de contradicción. IV. LA PRISIÓN PROVISIONAL. 1. Los presupuestos legales. 2. La doctrina jurisprudencial. 3. Sobre el fondo del asunto. V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 1. El desarrollo en el ámbito jurisdiccional supranacional europeo. 2. La doctrina establecida en la STS 459/2019. 3. La validez de las críticas mediáticas sobre personajes públicos investigados.

I. UNA CONSIDERACIÓN GENERAL

La Sentencia 459/2019, de 14 de octubre –TOL7.515.425; y RJ 2019, 3900–, «Caso Procés. Independencia de Cataluña») pone fin a nivel ordinario interno a un complejo proceso penal, de hondo calado político pero no de naturaleza política, sino jurídica, puesto que únicamente se trataba de enjuiciar si determinados hechos eran constitutivos o no de uno o varios delitos y, de ser punibles, quiénes eran sus responsables. En el fondo, se ha dado un paso más a un largo conflicto que en lo político afecta a la unidad territorial de España y, en lo jurídico, a la vía unilateral y delictiva escogida por sus promotores para lograr la independencia de Cataluña, bien con hechos, bien con actos concretos, legislativos, políticos y jurídicos¹.

Soy de la opinión que el conflicto nunca tenía que haber salido del ámbito político y resolverse mediante el consenso. Pero la conducta de los promotores, que han admitido los hechos (aunque no su calificación jurídica, salvo en el tema de la desobediencia), ha obligado a intervenir al Derecho, y en concreto al que por ser el más represor de todos, el Derecho Penal, actúa coherentemente como *ultima ratio* en la tutela de la libertad del ser humano, lo que conlleva necesariamente que intervenga también el Derecho Procesal Penal.

El Tribunal Supremo de España, como cualquier tribunal supremo del mundo, aplica el Derecho objetivo, la ley, resolviendo los conflictos que por reglas de competencia tiene atribuido. La decisión, coherente, de nuestra legislación, en lo que a este comentario afecta, es que el Tribunal Supremo tenga la última palabra en la aplicación de la ley ordinaria, tanto sustantiva (penal) como procesal (penal), y constatar como última posibilidad su respeto a la Constitución.

Esto es consecuencia del carácter concentrado del análisis constitucional que predomina en la Europa continental. Aunque el Tribunal Supremo debe aplicar en sus resoluciones siempre la Constitución, que es formalmente ley,

1. Un resumen histórico completo en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Política y Derecho*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, pp. 23 a 30.

sus decisiones sobre nuestra magna carta pueden ser revisadas por un tribunal nacional distinto, especialmente previsto por nuestra Constitución y regulado fuera del Poder Judicial ordinario, el Tribunal Constitucional, y después por tribunales transnacionales, dependiendo del tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o los Tribunales de Justicia de la Unión Europea (éstos más difícil en lo penal), órganos jurisdiccionales a los que España, en prueba fehaciente de la construcción democrática del estado, ha cedido parte de su soberanía (judicial).

De momento, el enjuiciamiento de los líderes políticos que proclamaron unilateralmente la independencia de Cataluña articulando un referéndum calificado como ilegal, ha concluido su recorrido ordinario, es decir, sus trámites ante la jurisdicción ordinaria, y sólo quedarían abiertas la vía constitucional (que nos consta que ya está en marcha), y, en su caso, la transnacional.

Este camino ha sido más corto que en un caso digamos «normal», porque aquí el TS no ha actuado como órgano de casación, sino como única instancia al estar aforados algunos de los acusados. Por eso no hay previstos ni recurso de apelación, ni recurso de casación, y la sentencia de única instancia es firme desde el momento en que se dicta.

Antes de recurrir ante el Tribunal Constitucional (el tribunal que no debe defender ni a Cataluña ni a España, sino sólo a la Constitución de 1978), la ley española obliga a los condenados a interponer un incidente de nulidad de actuaciones, como así ha sido. En mi modesta opinión y consciente de las inseguridades que todavía acechan al tema, ello debía ser así sólo si entienden que la sentencia ha cometido violaciones constitucionales nuevas, es decir, distintas a las denunciadas durante el desarrollo del proceso y resueltas por la Sala II del Tribunal Supremo, positiva o negativamente, puesto que si no hay violaciones constitucionales nuevas en la sentencia, la sentencia del Tribunal Supremo se habría limitado a reincidir en las mismas violaciones, por lo que el incidente sería superfluo y un obstáculo procesal no amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Para curarse en salud, todos los condenados han interpuesto el incidente, y el TS lo ha resuelto, como era de esperar, denegándolo². Es impensable suponer que el TC se atreva a decir al decidirlo que era innecesario, aunque lo fuera, y que por tanto el plazo para recurrir en amparo ha caducado³.

Me corresponde analizar en este comentario la corrección dogmática formal de la sentencia en los aspectos procesales penales más importantes. Evidentemente, expreso mi opinión con absoluto respeto a la decisión de la Sala II.

Es obvio también, pero conviene afirmarlo, que me fijo exclusivamente en los hechos objeto del proceso penal, sin atadura, inclinación, ni preferencia por ninguna de las partes, ni por su ideología política, sea cual fuere su posición pro-

2. Por Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 29 de enero de 2020 (JUR 2020, 56372).

3. De momento, cuando se escriben estas líneas, ha quedado libre la vía del amparo constitucional.

cesal y el sentido de las ideas defendidas por todos los intervinientes en el proceso y fuera de él. Soy y me siento libre, sólo me vincula mi anhelo de interpretación rigurosa y científicamente correcta de la ley procesal.

En mi opinión, si esta sentencia causa polémica fuera del ámbito ideológico de los condenados lo será más por temas sustantivos que por temas procesales. La discusión sobre si los hechos constituyen delito de rebelión o de sedición, acapara prácticamente todos los ámbitos posibles de lo opinable⁴. No es en verdad un tema menor pues, aparte de cuestiones dogmáticas de gran trascendencia que afectan a los elementos esenciales del tipo (si hubo o no violencia, si el fin fue uno u otro, si ambos delitos se encuentran en relación de subsidiariedad expresa, etc.), sólo la diferencia de años en la pena (10 exactamente en su tramo mayor)⁵, justifica toda la tinta invertida en opinar sobre la cuestión. En este número especial de la Revista Jurídica de Cataluña se dan sabias opiniones al respecto, a las que me remito.

Pero en donde no hay duda alguna para el Tribunal Supremo, una vez declarados los hechos probados en la sentencia, ni para la inmensa mayoría de la doctrina penal, es en la existencia del delito de sedición, porque nadie salvo los implicados defiende que el referéndum fuera legal, ni mucho menos un ejercicio necesario de libertad democrática como consecuencia del derecho de autodeterminación, porque éste no está reconocido por ninguna ley vigente en España. Probablemente sea opinable si la gravedad de las penas impuestas supera el canon de proporcionalidad al valorar la sentencia el concepto de alzamiento tumultuario del tipo, pero no lo es que se ha cometido delito y que éste, al menos, es el de sedición, sin que esta afirmación quite un ápice a la dificultad extraordinaria del caso enjuiciado⁶.

En lo que no hay duda alguna tampoco, insistimos, para el Tribunal Supremo, es en la existencia del delito de malversación (pago de los actos independentistas con dinero público), en concurso medial con el delito de sedición, ni en el delito de desobediencia, a la vista de todas las advertencias habidas de los órganos judiciales más importantes de España, especialmente del Tribunal Constitucional. Incluso el ex-presidente de la Generalitat fugado declaró públicamente en TV que sabía que la Guardia Civil iba a ir a buscarlo y llevarlo ante el juez, y que éste lo metería en la cárcel, a la vista de las informaciones que circulaban esos días en España⁷. Por eso probablemente huyó de España a un país más seguro para él. Quizás hubo también usurpación de funciones, pero este delito no fue objeto de acusación.

4. Véanse los importantes comentarios penales sustantivos de GIMBERNAT ORDEIG, E., MUÑOZ CONDE, F., LLABRÉS FUSTER, A., DE LA MATA BARRANCO, N. y CERVELLÓ DONDERIS, V., en la Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, pp. 48 y ss.

5. La rebelión se castiga con 25 años de prisión si no es armada o sin combates (art. 472 CP); la sedición con 15 años de prisión (art. 544 CP).

6. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Política y Derecho*, cit., pp. 30 y 31.

7. https://cronicaglobal.elespanol.com/politica/guardia-civil-preparada-detener-puigdemont_96149_102.html

Procesalmente, se han cuestionado muchas cosas. La estructura formal de la sentencia se aparta de las disposiciones de los arts. 248.3 LOPJ y 142 LECrim (y en la parte supletoria correspondiente del art. 208.3 LEC). Sólo el Fundamento de Derecho A), dedicado a vulneraciones de Derechos Fundamentales es de inusitada extensión para una sentencia de nuestro más Alto Tribunal⁸.

Ello no implica ninguna irregularidad, pues sencillamente es consecuencia de la complejidad de la causa y del número de acusados, habiendo preferido el TS, dentro del marco general formal, seguir otro discurso.

Tras el encabezamiento, los antecedentes de hecho y la declaración de hechos probados (distribuidos en 35 epígrafes numerados correlativamente), la sentencia aborda los Fundamentos de Derecho, que distribuye en siete grandes apartados, con sus correspondientes subapartados y epígrafes numerados para una mejor identificación y ubicación.

A) VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro de este apartado, el más relevante procesalmente, considera:

1. Delimitación metódica (número 1).
2. Sobre el alegado contexto de vulneración de derechos fundamentales producto de la sobreprotección de la unidad territorial de España (números 2 a 12, ambos inclusive).
3. La vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia (art. 57.2 de la LO 6/2006, 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 14 PIDCyP) (números 13 a 22, ambos inclusive).
4. Vulneración del derecho al juez imparcial (art. 4 CEDH y 24 CE) (números 23 a 36, ambos inclusive).
5. Sobre la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías *«por haberse tenido que preparar el juicio en una situación de privación de libertad»* (arts. 17 y 24 de la CE) y con vulneración del derecho de los Letrados *«a gozar del descanso laboral y la conciliación familiar»* (sic). (números 37 a 40, ambos inclusive).
6. La vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por no garantizarse un acceso completo a las actuaciones (arts. 24 CE y 6 CEDH) (números 41 a 43, ambos inclusive).
7. Vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por haberse denegado la aportación de testimonio íntegro de las diligencias practicadas en el Juzgado de instrucción núm. 13 de Barcelona (arts. 24 CE y 6 CEDH) (números 44 a 46, ambos inclusive).
8. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la Secretaría de Estado Dña. Antonia y otros líderes políticos (arts. 6.3 CEDH y 24 CE) (números 47 a 50, ambos inclusive).

8. Tiene 17 apartados, 135 subapartados y 110 páginas de las 240 que en total tiene en el formato de RJ.

9. Vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por denegación de medios de prueba pertinentes propuestos en tiempo y forma por la defensa (arts. 24 CE y 6 CEDH) (números 51 a 54, ambos inclusive).
10. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «*por la presencia de un partido machista y xenófobo como VOX ejerciendo la acusación popular*» (sic) (números 55 a 57, ambos inclusive).
11. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión, como consecuencia de la «*aplicación de un derecho procesal de excepción*» (números 58, éste duplicado en la edición de RJ, a 63, ambos inclusive).
12. Vulneración del principio de legalidad (números 64 a 67, ambos inclusive).
13. Vulneración de los derechos a la integridad física y moral mediante actos policiales que han de ser calificados como tortura (números 68 a 70, ambos inclusive).
14. Vulneración del derecho a la libertad por la detención arbitraria de un acusado (número 71).
15. Vulneraciones de derechos sobrevenidas y que se habrían generado durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral (número 72).
16. 1.–Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la imposibilidad de confrontar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica (números 73 a 76, ambos inclusive).
17. 2.–Vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE y 6 CEDH) por la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas (números 77 a 81, ambos inclusive).
18. 3.–Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24 CE y 6 CEDH), vulneración del principio de igualdad de armas entre acusaciones y defensas y asunción de rol acusatorio por parte de la Presidencia del Tribunal (números 82 a 100, ambos inclusive).
19. La alegada vulneración de derechos que operarían como causa de justificación (número 101).
20. 1.–El «*derecho a decidir*» como pretendida causa de exclusión de la anti-juridicidad Con algunos matices (número 102).
21. 1.1.–La inexistencia del «*derecho a decidir*» en el marco jurídico internacional, nacional y estatutario (número 103).
22. 1.2.–La necesidad de una interpretación integradora de los textos internacionales citados como apoyo normativo al derecho de autodeterminación (número 104).
23. 1.3.–La experiencia canadiense y el papel del Tribunal Supremo en la definición del marco jurídico del derecho de autodeterminación (número 105).
24. 1.4.–Otras referencias comparadas invocadas como precedentes legitimadores del proceso secesionista (números 106 a 109, ambos inclusive).

25. 1.5.–La inviabilidad jurídica del «*derecho a decidir*» fuera de los cauces constitucionales de reforma (números 110 a 114, ambos inclusive).
26. 2.–El supuesto efecto exoneratorio derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal (número 115).
27. 3.–La inviolabilidad parlamentaria como pretendida causa de justificación (números 116 a 120, ambos inclusive).
28. 4.–El derecho de desobediencia civil como causa de exclusión de la anti-juridicidad (números 121 a 126, ambos inclusive).
29. 5.–El ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales como causa excluyente de la antijuridicidad (número 127).
30. 5.1.–Derecho a la libertad de expresión (número 128).
31. 5.2.–Derecho de reunión (número 129).
32. 5.3.–Libertad ideológica (número 130).
33. 5.4.–Derecho a la representación política (números 131 a 133).
34. 5.5.–Derecho de asociación (número 134).
35. 6.–Estado de necesidad (número 135).

B) JUICIO DE TIPICIDAD

36. 1.–Delimitación progresiva del objeto del proceso (números 1 a 7, ambos inclusive).
37. La subsunción jurídica de los hechos como desenlace de las pruebas debatidas en el juicio oral (números 8 y 9, ambos inclusive).
38. Los hechos no son constitutivos de un delito de rebelión (números 10 a 13, ambos inclusive).
39. Los hechos son constitutivos de un delito de sedición (números 14 a 20, ambos inclusive).
40. Los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos (números 21 a 25, ambos inclusive).
41. Los hechos son constitutivos de un delito de desobediencia (números 26 a 28, ambos inclusive).
42. Los hechos no son constitutivos de un delito de organización criminal (números 29 a 31, ambos inclusive).

C) JUICIO DE AUTORÍA

D) PENAS

E) RESPONSABILIDAD CIVIL

F) COSTAS

G) ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA

A ello sigue el fallo, que, al ser unánime, carece de opiniones discordantes o concurrentes (votos particulares).

Pues bien, de todos los temas procesales indicados, vamos a limitarnos a los más importantes, en nuestra opinión, que son los reflejados en el sumario de este artículo: La competencia del Tribunal Supremo para el enjuiciamiento en única instancia y su relación con el aforamiento; los temas probatorios relevantes suscitados; el delicado tema de la prisión provisional; y la alegación de posible vulneración de la presunción de inocencia.

Habr  observado el lector que la sentencia trata constantemente de posibles vulneraciones del derecho de defensa. Sin embargo no tiene como infracci3n una entidad propia, ya que siempre va unido al derecho al proceso con todas las garantías y a una vulneraci3n adicional de otro derecho fundamental. Esto conlleva que no podamos dedicarle un apartado propio y que debamos vincularlo al derecho fundamental conexo a él.

Finalmente, expongo mis consideraciones en «formato práctico», pues dado el perfil del lector destinatario de esta revista me parece más útil esta posibilidad, de modo que a las consideraciones legales sigue un resumen muy apretado de la doctrina contenida en la sentencia y termino con un comentario crítico sobre lo decidido.

II. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EL ENJUICIAMIENTO EN ÚNICA INSTANCIA

Las defensas alegaron que la competencia del TS para el enjuiciamiento de la causa vulneraba el principio del juez legal. También discutieron el tema del aforamiento vinculadamente con ello. El TS trat3 antes estas cuestiones en muchas resoluciones, tanto del Juez Instructor, como de la Sala de Recursos, sin perjuicio de las propias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Audiencia Nacional⁹. Aquí importa ahora lo decidido por el TS en la S 459/2019.

1. PRECEPTOS APLICABLES

Las normas en las que el TS basa su competencia objetiva y funcional son¹⁰:

1.-Artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocer :

...

2.º De la instrucci3n y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, *Diputados y Senadores*, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

...»

9. Se pueden consultar en ARMENGOT VILAPLANA, A., *La competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa especial de «El Proc s»*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, pp. 253 a 262.

10. La cursiva es mía.

2.–Art. 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006

«...»

2. En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. *Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».*

2. LA RESPUESTA DE LA STS 459/2019

La STS 459/2019 ha interpretado su propia competencia en el siguiente sentido (FD 3, La vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia –art. 57.2 de la LO 6/2006, 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 14 PIDCyP–, (números 13 a 22, ambos inclusive):

«14.

1.–A juicio de las defensas se habrían producido graves irregularidades procesales derivadas del hecho de que la presente causa había sido conocida por esta Sala, que carecería de competencia territorial para ello. Esa falta de competencia se habría originado por el hecho de “... *haberse realizado la totalidad de los elementos típicos de los delitos que las acusaciones atribuyen a los procesados íntegramente en territorio catalán*”.

Las consecuencias de esta infracción de las normas determinantes de la competencia –se aduce– han sido dobles. De un lado, se ha producido una “*grave fragmentación del objeto del procedimiento existiendo numerosas causas distintas con un mismo objeto procesal*”. De otra parte, se ha privado a los procesados del derecho a la doble instancia.

Con carácter previo, conviene subrayar que la determinación de la competencia se verifica siempre en función de los delitos que inicialmente son objeto de imputación. La cristalización progresiva del objeto del proceso obliga a atender al relato tal y como se formula, en la fase inicial del procedimiento, por el Fiscal y el resto de las acusaciones. Esta idea ha estado presente en la práctica totalidad de las resoluciones de esta Sala mediante las que hemos dado respuesta a la queja sobre competencia. Pero existe otro dato decisivo que incluso llega a relativizar el alcance de esa reclamación. Y es que, a lo largo del presente procedimiento, los acusados Sres. Alberto, Miguel, Agustín y Ignacio se han convertido en Diputados, mientras que el Sr. Luis ha obtenido acta como Senador. Esa proclamación determina, como inmediata consecuencia, la aplicación del art. 71.3 de la Constitución Española, que atribuye a la Sala Penal del Tribunal Supremo la competencia para conocer de los delitos imputados a los Diputados y Senadores. Quedarían así zanjadas las dudas suscitadas por las defensas, en la medida en que la condición de miembro del Congreso o del Senado habría adjudicado a esta Sala, sea cual fuere el estado del procedimiento, la competencia para la investigación y enjuiciamiento

de los hechos imputados, todo ello en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 71.3 de la Carta Magna.

15.

1.1.–Han sido ya varias las resoluciones en las que hemos dado respuesta a esta queja. Su rechazo ya fue razonado en el auto de esta Sala de 30 octubre 2017, por el que admitíamos a trámite la querrela entablada por el Ministerio Fiscal. Conviene recordar que el art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que *“en las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*...

También la Sala de Recursos tuvo oportunidad de reafirmar nuestra competencia para la investigación y enjuiciamiento de hechos que, en algunos de sus tramos ejecutivos, la querrela del Fiscal situaba en el extranjero... En el auto mediante el que fueron resueltas las cuestiones previas suscitadas por las defensas, en el trámite previsto en el art. 673 de la LECrim, concluíamos que *“la competencia de esta Sala para el enjuiciamiento de los hechos que son objeto de acusación fluye del propio relato que ofrecen el Fiscal, la Abogacía del Estado y la acción popular para justificar la imputación de sendos delitos de rebelión y malversación de caudales públicos. Los arts. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 73.3.a) de la LOPJ no admiten otro desenlace cuando los hechos se sitúan por las acusaciones fuera del ámbito de la comunidad autónoma catalana”*.

16.

1.2.–Las defensas, aun aceptando la realidad de actos ejecutados en el extranjero y como tales descritos en las conclusiones provisionales, razonaban que ese hecho era irrelevante a efectos de determinar la competencia de esta Sala, ya que ninguno de los elementos típicos de los delitos de rebelión, sedición, o malversación habían sido ejecutados fuera del territorio de la comunidad autónoma catalana. Respondíamos entonces que *“... la lectura de los escritos de acusación debe abordarse desde la tantas veces reiterada por esta Sala doctrina de la ubicuidad, según la cual, el delito se comete en cualquiera de los territorios donde se realizan algunos de los elementos del tipo. Y está fuera de dudas que cuando nuestros precedentes se refieren a los elementos del tipo estamos abarcando, tanto aquellos incluíbles en el tipo objetivo como en el subjetivo. De ahí que la atribución por el Fiscal a algunos de los procesados de actos ejecutivos, no necesariamente violentos pero vinculados al elemento tendencial del delito por el que se formula acusación (cfr. art. 472.5.º), justifica la aplicación del art. 57.2 del Estatuto de Autonomía que señala a esta Sala como el órgano competente para la investigación y enjuiciamiento de hechos ejecutados fuera del territorio de la comunidad autónoma”* (cfr. ATS 27 diciembre 2018).

...

17.

1.3.–Tampoco existe, frente a lo que se alega por la defensa, un distanciamiento respecto de precedentes conocidos por esta Sala y en los que habríamos optado siempre –se arguye– por evitar el tratamiento conjunto de hechos imputados a aforados y no aforados.

La batería argumental hecha valer por las defensas se detiene y subraya la excepcionalidad que implicaría que procesados no aforados fueran enjuiciados de forma conjunta con aforados, con la consiguiente alteración del derecho al juez predeterminado por la ley. Se sugiere en los distintos alegatos un tratamiento *ad hoc* que se apartaría de los precedentes consolidados de la jurisprudencia de esta Sala.

El argumento no es acogible. Nuestra respuesta no se aparta, en modo alguno, de otros precedentes.

En el ATS 1 julio 2009 –recaído en la causa especial 20206/2009– decíamos que “... *el criterio doctrinal y jurisprudencial de la continencia de la causa (...) ha aconsejado la unidad en la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento porque permite asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y facilita la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se le imputa una participación en la realización del hecho delictivo. En estos supuestos es aconsejable una instrucción y, en su caso, enjuiciamiento conjunto para alcanzar la verdadera entidad fáctica que se investiga o enjuicia*”.

Este ha de ser el punto de partida de cualquier razonamiento que busque decidir acerca de la conveniencia o el rechazo de un enjuiciamiento conjunto de hechos imputados a aforados y no aforados. En la causa especial que dio lugar a esa resolución, a la vista de la naturaleza de los hechos –querrela criminal por la participación de España en la guerra de Irak– la Sala entendió perfectamente escindibles los hechos y afirmó la competencia exclusivamente contra el aforado.

Esa doctrina, aunque con distinto desenlace, inspiró también la fundamentación jurídica del ATS 24 junio 2015, dictado en la causa especial 20619/2014, *caso ERES*. La pérdida de la condición de aforado, al haber dimitido de su cargo de Senador uno de los imputados, llevó a la defensa a plantear la incompetencia de la Sala Segunda, al tratarse de un no aforado que nunca debía ser investigado ni enjuiciado contraviniendo su derecho al juez predeterminado por la ley. Razonaba entonces el instructor: “... *solo podría accederse en el caso de que el Instructor considere que la vinculación de la conducta del imputado con la de las otras personas que todavía figuran como aforados en este Tribunal, no sea de tal intensidad y enjundia que hagan muy difícil un conocimiento separado de los hechos atribuidos a los distintos imputados. De modo que si se estimara que la vinculación y conexión de conductas dificulta de forma sustancial el enjuiciamiento fragmentado, la competencia tendría que seguir correspondiendo a este Tribunal. [...] Para dirimir la cuestión suscitada, resulta imprescindible examinar los*

hechos que se le imputan al (imputado) y los datos indiciarios incriminatorios que actualmente constan contra el mismo, pues ello constituye un paso previo ineludible para determinar el grado de vinculación de su conducta con la que se le imputa a los aforados. A partir de ahí, se ponderarán las consecuencias que pudiera conllevar una escisión del proceso desde la perspectiva del enjuiciamiento de los hechos”.

Pues bien, con un razonamiento sobre la inescindibilidad de los hechos imputados, el instructor acordó mantener la competencia de esta Sala, pese a la pérdida de la condición de aforado de uno de los investigados.

...

19.

1.5.–En la visión de las defensas, la vulneración del derecho al juez predeterminedo por la ley habría traído consigo una segunda infracción, en este caso, del derecho a la doble instancia. El proceso contra aforados –se aduce– participa de una estructura formal que, por definición, excluye la posibilidad de que la sentencia que pone término a la causa sea objeto de impugnación ante un órgano superior.

No es ésta una alegación novedosa.

Son varias las razones que avalan el rechazo de la pretendida vulneración del derecho a la doble instancia.

20.

1.5.1.–La primera de ellas es de carácter normativo. En efecto, el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España mediante instrumento publicado en el BOE el 15 de octubre de 2009, en vigor desde el 1 de diciembre del mismo año, establece que: *“toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución”.*

Ese enunciado admite importantes inferencias, íntimamente ligadas a la naturaleza del derecho constitucional que –a juicio de las defensas– se considera vulnerado.

La primera de ellas, su condición de derecho de configuración legal. Es decir, el derecho de acceso a los recursos forma parte del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pero es preciso que el legislador haya abordado el desarrollo de los términos y presupuestos de ejercicio de esa impugnación. Así lo entiende de forma unánime la doctrina constitucional y así lo interpreta la jurisprudencia del TC (*cf.* por todas, STC 99/1985, 30 de septiembre).

Precisamente por ello, del mismo modo en que, conforme al Protocolo núm. 7, los términos de ejercicio del derecho al recurso “... *se regularán por ley*”, el propio Convenio fija dos excepciones, la primera, para aquellas infracciones penales de menor gravedad, la segunda, “... *cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional*”.

Esta segunda excepción neutraliza, con el respaldo del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, el argumento hecho valer por las defensas. No hay vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción. Y no la hay porque la limitación que se derivaría del hecho de que sea el Tribunal Supremo el órgano llamado al enjuiciamiento en única instancia es una limitación justificada por un fin constitucionalmente legítimo, que no es otro que el de llevar a sus últimas consecuencias la salvaguarda de una prerrogativa funcional, concebida como garantía de los integrantes del poder legislativo.

Tampoco es sostenible la vulneración del derecho invocado, además, porque el enjuiciamiento ante esta Sala tiene como contrapartida una ventaja para el propio aforado. El conocimiento de los hechos por el Tribunal Supremo, en primera y única instancia, se produce ante el órgano que cierra la organización jurisdiccional española –*cf.* art. 123 CE–. Ello conlleva que la valoración de la pretensión acusatoria lo sea sin los límites cognitivos que son propios, por ejemplo, del recurso extraordinario de casación. Dicho con otras palabras, la Sala Segunda del Tribunal Supremo garantiza, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, un conocimiento integral, ilimitado de la pretensión punitiva del Fiscal y las demás partes acusadoras. Se superan así los inconvenientes de una intervención de esta Sala que solo fuera posible en el restringido y estricto marco procesal de un recurso extraordinario de casación.

21.

1.5.2.–Esta idea ha inspirado los precedentes de esta Sala en los que la misma reivindicación se ha hecho valer. Es el caso, por ejemplo, de la STS 79/2012, 9 de febrero, seguida contra un juez de la Audiencia Nacional condenado en única instancia por el delito de prevaricación. Es también el caso de la STS 29 noviembre 1997 (rec 840/1996), recaída contra aforados que formaban parte de la Mesa Nacional de un partido político luego ilegalizado por la Sala del 61 del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia constitucional, desde sus primeros pronunciamientos, ha proclamado este criterio. En efecto, en la STC 51/1985, 10 de abril, se indicaba que “... *el solicitante de amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el Tribunal más alto de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia*”. La competencia, en tales casos, viene delimitada por el art. 71.3 CE. De ahí que “... *determinadas personas gozan, ex Constitutione, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de*

acudir a una instancia superior [...] disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria”.

En la misma línea, la STC 64/2001, 17 de marzo, razonaba que el reconocimiento al derecho a la doble instancia “... no puede obviar que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma que, como declaramos en la STC 22/1997, de 11 Feb., FJ 6, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, el Juez ordinario predeterminado por la Ley’ a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3’. Pues, como también sostuvimos en dicha Sentencia, la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores... [reside en proteger] la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento”.

El razonamiento del Tribunal Constitucional excluía cualquier duda sobre la legitimidad de la restricción de ese derecho, fruto de la propia configuración legal impuesta por las normas procesales reguladoras del doble grado de jurisdicción:

“... si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial.

Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro

caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (por todas SSTC 62/1982, de 15 Oct., FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 Oct., FJ 4; 49/1999, de 5 Abr., FJ 7)”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 65 y 66/2001, 17 de marzo».

3. EL VERDADERO PROBLEMA: LA EXISTENCIA DEL AFORAMIENTO

La competencia del TS es indiscutible por varias razones. Las defensas conocen la jurisprudencia de la Sala II al respecto, además de la del TC y del TEDH. Su única intención es poder llegar un día al TEDH demostrando que lo han alegado siempre que han podido, con la esperanza de que, al no existir prácticamente el aforamiento en Europa, el TEDH analice a fondo la cuestión y se pronuncie sobre si hubo o no vulneración del principio del juez legal.

La argumentación ofrecida, recordemos, la teoría de la ubicuidad para fijar el lugar del delito en cualquier punto de España, o al menos también fuera de Cataluña e incluso en el extranjero, algo obvio en el delito de rebelión; la necesidad de impedir la fragmentación de un proceso tan complejo (continencia de la causa); y, sobre todo, haber alcanzado la condición de diputado algunos acusados, no dan otra salida legal más que la competencia del TS para el enjuiciamiento único, impidiéndose así la doble instancia. En caso de que hubiera conocido el TSJ de Cataluña, el seguro recurso de casación habría tenido que tratar las mismas cuestiones de fondo sin duda alguna.

El argumento relativo a que el TS es un órgano de calidad jurídica superior para justificar que no haya doble instancia, así como la justificación de proteger un fin constitucionalmente legítimo, siendo ello una garantía para los integrantes del poder legislativo, es, además de muy relativo, muy endeble, y prueba de ello es que no se interpreta ni se regula así en ningún país de nuestro entorno jurídico, en donde si se conoce el aforamiento, es sólo de muy pocos altos cargos (por ejemplo, Estados Unidos y Alemania no tienen ningún aforamiento).

Esta decisión es en buena parte consecuencia obligada del insostenible sistema de aforamientos que tenemos en España, una institución diseñada claramente en contra el principio de igualdad del art. 14 de la CE, aunque nuestro TC todavía no se haya atrevido a decirlo, sin duda alguna por estar previsto para ciertos casos en la propia Constitución (por ejemplo, art. 71.3)¹¹. Si no hubiera habido aforamiento, la competencia objetiva y funcional del TS para conocer del asunto habría sido mucho más discutible y, quizás, tendría alguna opción ganadora en Estrasburgo.

11. Hace años que sostengo su derogación, v. GÓMEZ COLOMER, J.L. / ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 179 y ss., y 282 y ss.

III. TEMAS PROBATORIOS RELEVANTES SUSCITADOS

La S TS 459/2019, aborda diversas cuestiones relacionadas con la prueba. Las defensas entienden que se ha producido una vulneración del derecho de defensa, especialmente en dos supuestos: Restricciones en el interrogatorio de los testigos y denegación de aportación de pruebas videográficas.

1. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

La primera cuestión probatoria se ha planteado al aplicar el TS el art. 708 LECrim [FD A) – 17) 2.–Vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE y 6 CEDH) por la restricción injustificada del alcance de los interrogatorios a las defensas (números 77 a 81, ambos inclusive)].

1.1. El art. 708

Dispone en su primer párrafo este precepto que:

«El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes *en vista de sus contestaciones*»¹².

1.2. La restricción aplicada

El TS entiende en la S TS 459/2019 lo siguiente:

«78.

2.1.–En el escrito de conclusiones definitivas presentado por la defensa de los Sres. Miguel, Agustín y Alberto, se reacciona frente a lo que se califica como “...una segunda cortapisa al derecho de defensa derivada del criterio adoptado por la Sala en lo que respecta al alcance de los interrogatorios, que se ha limitado a las razones de pertinencia alegadas por la parte que propuso al testigo”. La misma línea de discrepancia ha sido asumida por otras defensas. El Letrado de los Sres. Ignacio y Luis reforzó su protesta mediante la presentación de un escrito, con fecha 15 de marzo de 2019, en el que, con uno u otro matiz, coincidía en el discurso impugnativo.

Se citan como ejemplo las limitaciones hechas valer en el testimonio de D. Esteban, Presidente del Parlament. La Sala no permitió –se trataba de un testigo propuesto por la acción popular– interrogar a la defensa sobre los hechos acaecidos el día 1 de octubre y que él habría presenciado. Se refuerza el argumento con la idea de que “... tratándose de un testigo que no había declarado en fase instructora, las defensas no podían saber el conocimiento que dicho testigo tendría respecto de los hechos objeto de

12. La cursiva es también mía.

acusación, por lo que difícilmente podían haberle propuesto en un determinado sentido” (sic). Además, no existe cobertura legal para adoptar una decisión de esa naturaleza.

79.

2.2.–No resulta fácil de entender la queja de la defensa por la aplicación de un precepto –el art. 708 de la LECrim– que está concebido precisamente para evitar la indefensión. En su primer párrafo se dispone que “*el Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones*”.

Como puede apreciarse, la redacción originaria de la LECrim lleva a sus últimas consecuencias el verdadero significado del principio de contradicción. Tras las preguntas predefinidas por el art. 436 –*generales de la ley*–, encaminadas a conocer la posible relación del testigo con el objeto del proceso o con alguna de sus partes, el Presidente ha de dar oportunidad a quien lo haya propuesto para formular las preguntas que tenga por conveniente. Terminado su interrogatorio, es el turno de las demás partes. Pero las preguntas susceptibles de formulación condicionan el juicio de pertinencia a que se formulen “*a la vista de sus contestaciones*”. Solo entonces se está haciendo realidad el interrogatorio cruzado que anima y da vida al principio de contradicción y, con él, al derecho de defensa.

Cuando, como en este caso, la defensa propugna una interpretación en la que el *turno de repreguntas* no conozca límites, se está arriesgando a que sus testigos se conviertan en testigos de cargo. Para ello solo es necesario contar con la habilidad del Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones. Si después del interrogatorio de la defensa el Presidente de la Sala permitiera que las repreguntas del Fiscal no fueran tales, sino que abordaran aspectos que no han aflorado en el examen verificado por la defensa, se produciría una mutación de la prueba de descargo. El Letrado que la hubiera propuesto tendría que observar con resignación y paciencia, cómo su testigo sería implacablemente interrogado sobre aspectos que interesaran al Fiscal y que no tuvieran la más mínima conexión con las razones que justificaron la llamada de ese testigo como testigo de descargo. Bien es cierto que ese defecto podría aliviarse si se abriera un nuevo turno de repreguntas que diera a la defensa oportunidad para contradecir las respuestas ofrecidas por el declarante. Pero bastaría que cualquiera de esas preguntas en *turno de réplica* desbordara los términos del conainterrogatorio del Fiscal para tener que abrir un nuevo debate. Se estaría alentando así un encadenamiento dialéctico de la prueba testifical que implicaría, además de una permanente confrontación ajena al principio contradictorio, una vulneración del derecho de defensa.

80.

2.3.–Las respectivas defensas de los Sres. Agustín, Miguel, Alberto, Ignacio y Luis, lamentan que esa interpretación –concebida, insistimos, para la protección del derecho de defensa– no le permitiera un interrogatorio más exhaustivo del Sr. Esteban, Presidente del Parlament. Se razona que *“... a lo largo de su interrogatorio (...) manifestó que estuvo presente en el referéndum del 1 de octubre, lo que motivó que algunas de las defensas intentaran interrogar al testigo sobre dicho particular, siendo dicha posibilidad vedada por la Sala al no haber sido propuesto el mencionado testigo para esclarecer lo sucedido el día 1 de octubre”*.

Sin embargo, si el testimonio del Sr. Esteban sobre lo que sucedió el día 1 de octubre era tan importante, no se entiende bien la razón por la que no fue propuesto como testigo por las defensas. Con independencia de ello, mal puede hablarse de un testigo indispensable para el esclarecimiento de los hechos cuando su aportación –que hasta ese momento había pasado desapercibida para las defensas– se limitaba a contar su experiencia el día 1 de octubre. Sobre el desarrollo de esa jornada, sus vicisitudes, la actitud de la ciudadanía y el papel de los agentes antidisturbios, han declarado más de un centenar de testigos. Todos ellos han contado su personal vivencia durante ese día. No puede hablarse, pues, de indefensión derivada de la imposibilidad del Sr. Esteban de explicar su particular experiencia sobre hechos que fueron descritos detalladamente por otros muchos testigos presenciales.

81.

2.4.–Para hacer más visible la supuesta indefensión, la defensa de los Sres. Ignacio y Luis lamenta *“... que el juicio está curiosamente construido sobre la base de centenares de testigos que nunca han declarado antes en el proceso y respecto de los cuales la defensa se sitúa en inferioridad de condiciones”*.

En similar línea, el Letrado de los Sres. Miguel, Agustín y Alberto se refiere al hecho de que el testigo Sr. Esteban *“... no había declarado en fase instructora”*, por lo que las defensas *“... no podían saber el conocimiento que dicho testigo tendría respecto de los hechos objeto de acusación, por lo que difícilmente podían haberle propuesto en un determinado sentido”*.

Este razonamiento, que motivó una protesta formal durante el plenario, se adscribe a una visión ya superada del proceso penal. La idea de que solo pueden ser traídos a juicio aquellos testigos que previamente han declarado en la instrucción, trastoca la funcionalidad de las fases de investigación (*cf.* art. 299 LECrim) y del juicio oral. Solo a partir de un erróneo entendimiento del plenario como un trámite en el que se da oportunidad a las partes para *“ratificar”* ante el tribunal sentenciador lo que ya se ha declarado ante el juez instructor, podría suscribirse ese razonamiento. Ver en un testigo que no ha declarado en la fase sumarial una potencial fuente de indefensión, supone un retroceso histórico que pugna, no ya con la previsión del art. 715 de la LECrim, sino incluso con

conocidos pasajes –de ahí su innecesaria cita– de la *exposición de motivos* de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal».

1.3. Las consecuencias

No se dice expresamente en la fundamentación jurídica, pero intuyo que el TS aplica el art. 708 para evitar que la parte contraria a aquélla que ha propuesto al testigo pueda aprovechar su derecho a contrainterrogar abordando cualquier tema que tenga que ver directa o indirectamente con la causa. Conforme a su decisión, las preguntas de contrario tendrán que relacionarse necesariamente («en vista de sus contestaciones») con el mismo tema por el que se ha preguntado por el proponente.

Para un sector doctrinal se trata de una limitación insólita¹³. En mi opinión, es lógico suponer que el TS quería evitar que el interrogatorio testifical se aprovechara por los abogados para lanzar consignas políticas, hacer propaganda de sus actos y apoyar la independencia de Cataluña en sede judicial, un foro durante los cuatro meses que duró el juicio oral de primera magnitud. Si éste era el sentido, parece razonable la limitación, porque un tribunal de justicia no es un senado o congreso, ni siquiera un parque, avenida o calle con una tarima para que se puedan ejercer los libres derechos de expresión y demás políticos aplicables de los ciudadanos.

Parece sin embargo que la intención de la Sala II, al menos la expresada, era evitar perderse en las declaraciones, ante la necesidad si se aportaban nuevos datos de tener que llamar a más testigos, y garantizar el principio de contradicción mejor. Los hechos demostraron que esta restricción también favoreció a las defensas cuando interrogaron los fiscales.

Pero la decisión del tribunal era restrictiva, y ello requiere de una norma expresa, por lo que propongo su reforma. Hubo testigos que declararon por vez primera en el juicio oral, y aunque esto siempre ha sido legal, pues ningún precepto de la LECrim lo prohíbe, no es frecuente, de ahí que el Tribunal haya tenido que afirmarlo expresamente. Por eso ha enfocado la cuestión desde el punto de vista del principio de contradicción, que no es ilógico, pero sí extraño, ya que para el tribunal lo importante es que el «nuevo» testigo declare en el juicio oral y que todas las partes puedan interrogarlo y contrainterrogarlo, de manera que se entienda cumplido a la perfección el principio de contradicción.

No olvidemos que lo importante del art. 708 en la práctica es su párrafo segundo, que permite a los presidentes, por iniciativa propia o de los demás miembros del tribunal, preguntar directamente a los testigos, especialmente ante hechos y declaraciones confusas o respuestas evasivas o excluyentes. Por eso, y así sucedió en la causa, el presidente puede hacer las preguntas que, derivadas de esa restricción o no, no se hayan preguntado por las partes.

13. NIEVA FENOLL, J., *El art. 708 LECrim: Una limitación inexistente al interrogatorio cruzado*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, p. 235.

De esta manera, no hay vulneración constitucional ninguna.

2. PRUEBAS VIDEOGRÁFICAS

2.1. El hecho

Las defensas exigieron que al mismo tiempo que declaraban los testigos se exhibieran determinadas filmaciones para poder contrastar su veracidad. Este tema se trata en el FD A) – 9 y 16)–1.–Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la imposibilidad de confrontar las declaraciones testimoniales con la prueba documental videográfica (números 73 a 76, ambos inclusive).

2.2. La decisión del TS

El TS niega que se haya producido una vulneración del principio de contradicción, por las siguientes razones:

«73.

...

Las respectivas defensas de los acusados por los delitos de rebelión y sedición formularon protesta por la decisión de la Sala de “... impedir la exhibición de la prueba documental videográfica a los testigos declarantes”. Se impidió así “...contrastar la veracidad de las manifestaciones del testigo”. Mediante ese contraste –se añade– se logra la “... garantía básica de la contradicción propia del juicio oral y permite evitar lo que ha sucedido numerosas veces a lo largo del presente juicio, esto es, que algunos testigos hayan mentado a la Sala o exagerado ostensiblemente y que tales falsedades no hayan podido ser contradichas en el mismo momento por las defensas”. La vulneración del principio de contradicción no ha podido ser subsanada porque “... durante la exhibición de la prueba documental a los letrados no se les permitió glosar su contenido ni razonar las conclusiones que extraían del documento videográfico respecto de la credibilidad de los testigos que habían depuesto semanas o meses antes”.

Solo una equivocada visión del significado constitucional del principio de contradicción puede explicar esta queja. Su legitimidad –como cualquier otra– es paralela a su improcedencia.

74.

1.1.–El principio de contradicción es un principio estructural en el proceso penal. Con él se posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, no siendo incluso ajeno a una genuina dimensión ética del ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Su significado ha sido enfatizado por la jurisprudencia constitucional, que afirma que la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurren-

cia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido (SSTC 144/1997, de 15 de septiembre; 12/2006, de 16 de enero, FJ 3; 93/2005, de 18 de abril, FJ 3; y 143/2001, de 18 de junio, FJ 3).

Esta interpretación es convergente con la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*cf.* 30 de octubre 1997, *Van Mechelen c. los Países Bajos*; 20 septiembre 1993 *Saïdi c. Francia*; 24 noviembre 1986, *Unterpertinger c. Austria* y 27 de febrero de 2001, caso *Lucà c. Italia*). En su sentencia de 14 diciembre 1999, *Caso A.M. c. Italia*, precisó que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, “*solo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, y Lüdi c. Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger c. Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)*”. Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*, § 40), que “*los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario*”.

75.

1.2.–El compartido error de las defensas consiste en identificar el principio de contradicción con la posibilidad –en palabras del Letrado de los Sres. Alberto, Miguel y Agustín–, “*... de contrastar la veracidad de los testigos declarantes*”. Y, sobre todo, con la posibilidad de exponerlo y razonarlo mientras el testigo declara.

Y no es ese el contenido material del principio de contradicción.

Contradecir supone tener la oportunidad de interrogar a todos y cada uno de los testigos del Fiscal y de las acusaciones para neutralizar su testimo-

nio. Contradecir implica la posibilidad de aportar pruebas personales y documentales que debiliten el valor incriminatorio que las acusaciones pretenden atribuir a los testimonios y a los documentos presentados como prueba de cargo. Y, desde luego, ninguna limitación tuvieron las defensas al respecto. La presentación de centenares de testigos de descargo y de miles de páginas de documentos en respaldo de sus tesis, es una evidencia que ha quedado reflejada en la causa y en la grabación de las sesiones del juicio oral.

Contradecir no significa valorar la credibilidad del testigo mientras éste presta declaración. Las inferencias probatorias sobre lo que cada uno de los testigos describe no precisa de una permanente puesta en contraste con el contenido de otras pruebas. De hecho, esa anticipada reflexión sobre la veracidad de un testimonio siempre será incompleta mientras la prueba propuesta no se haya desarrollado en su integridad. Precisamente por eso, es en el momento de las conclusiones definitivas y del informe final, cuando las partes –acusaciones y defensas– pueden extraer de cada fuente de prueba el valor jurídico que quieran atribuirle.

Ese contraste es, sin embargo, obligado cuando lo que se está cuestionando no es la virtualidad probatoria de una declaración testifical o de un documento, sino cuando lo que se pone en duda es su integridad o su autenticidad. En tales casos, la Sala no tuvo inconveniente en acordar la inicial exhibición de documentos que, por una u otra razón, llegaron a ser cuestionados.

La mejor muestra del desenfocado entendimiento del principio de contradicción por alguna de las defensas, lo ofrece el hecho de que uno de los Letrados llegó a contrastar el testimonio de un agente de policía, no con lo que reflejaba un vídeo, sino con su propia versión de lo que ese vídeo expresaba:

“... es que lo estoy viendo yo”, llegó a afirmar, convirtiendo lo que tenía que haber sido el examen de un testigo en un insólito careo entre el ciudadano que declara y el Letrado que lo interroga.

No ha habido quiebra del principio de contradicción ni, por supuesto, limitación del derecho de defensa. Sobre la realidad de ese principio y de las ilimitadas posibilidades de defensa, basta reparar en las fuentes y en los elementos de prueba valorados por la Sala para formar convicción acerca de uno de los pasajes clave del relato de las acusaciones, a saber, lo que sucedió el día 1 de octubre. El Tribunal ha tomado en consideración el testimonio de los agentes antidisturbios que acudieron a los centros de votación –testigos de cargo ofrecidos por el Fiscal y las acusaciones para demostrar la oposición de la ciudadanía al cumplimiento de las resoluciones judiciales–. Ha valorado también la declaración de los ciudadanos que sufrieron esa intervención –testigos de descargo aportados por las defensas para demostrar la violencia policial

y la existencia de una actuación legítima de desobediencia civil-. Y, en fin, ha proclamado sus inferencias a partir de los vídeos grabados por los agentes actuantes, como reflejo de las dificultades de su labor, y por los ciudadanos que quisieron ofrecer pruebas de lo que consideraron excesos policiales.

Todas las fuentes de prueba han sido objeto del examen cruzado de acusaciones y defensas.

76.

1.3.-Al margen de lo expuesto, conviene hacer una precisión. La defensa de los Sres. Ignacio y Luis ha insistido en que “... *la pertinencia de exhibir dicho material a quienes declaren en el juicio oral reside en su utilidad de cara a la formación de la convicción del Tribunal, que se vincula con la necesidad de someter a contradicción el material videográfico con la fuente de prueba testifical, en aquellos supuestos en que ello sea imprescindible o incluso simplemente útil*”.

Pues bien, la Sala ha proclamado el juicio histórico sin apoyarse en la versión excluyente de uno u otro de los testigos que depusieron acerca de lo que sucedió en los centros de votación del día 1 de octubre. Ninguno de ellos ha sido tomado como testimonio de referencia para construir el juicio de autoría. 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.

Solo así se entiende, por ejemplo, que la versión de muchos de los agentes quedara luego en entredicho al observar el contenido de los vídeos. La afirmación de que no se usaron las defensas quedó, en ocasiones, desmentida por la realidad de las imágenes. Pero también explica que el testimonio de buena parte de los ciudadanos estuviera marcado por una versión absolutamente parcial de lo realmente acontecido. Sin ánimo exhaustivo, solo a los efectos de dar respuesta a quienes han visto vulneración del principio de contradicción en la práctica de la prueba testifical de las acusaciones, pero interpretan la declaración de los testigos de las defensas como el testimonio de ciudadanos comprometidos con la verdad, valgan algunos ejemplos.

El testigo D. Ginés, propuesto por la defensa de los Sres. Miguel, Agustín y Alberto, afirmó a preguntas de su Letrado que estaba sentado en el centro de votación y se le acercaron dos policías, “... *con una maza encima de su cabeza y unas tenazas*”. Al cabo de un momento, sin decir

nada, “... le cogieron de los testículos y le levantaron hasta dejarlo caer”. Se da la circunstancia, sin embargo, que con posterioridad a los hechos tuvo que ser asistido por una contusión en la rodilla. La testigo Dña. Alicia, profesora de filosofía en la universidad de Barcelona, afirmó que durante los incidentes del día 20 de septiembre ante la Consejería de Economía “... el ambiente fue distendido” y que “... nunca vio hostilidad (...) solo vio a gente que cantaba, ninguna agresividad, sino todo lo contrario (...) Ni siquiera vio ningún tipo de inquietud, alarma o alerta”. D. Hilario, abogado en ejercicio que acudió a alguno de los centros de votación habilitados en Manresa, señaló que no hubo insultos a los agentes, ni se les agredió, “... ni hubo una respuesta agresiva, nada, no vio ningún forcejeo, no vio ninguna patada”. El testigo D. Francisco, abogado mediador, declaró que él estaba sentado en el suelo y los anti-disturbios “arrancaban a la gente del suelo”. Pero “nadie ponía resistencia (...) No vio ninguna patada de los que estaban sentados, no vio ningún escupitajo”. Dña. Consuelo, también abogada mediadora, declaró, en relación con algunos de los incidentes acaecidos en uno de los colegios de Manresa, que durante el desarrollo de todos los incidentes solo oyó dos insultos, fueron los únicos: alguien dijo en catalán “hijos de puta”. Y sobre la inflamación testicular sufrida por un policía –según su versión, como consecuencia de una patada–, afirmó Dña. Consuelo que la causa no pudo ser una patada, nadie dio una patada. La verdadera causa hay que buscarla –según puntualizó– en el hecho de que, en el momento de la intervención, los agentes están “cuerpo con cuerpo y los escudos y las porras están muy próximos”.

Son solo cinco cualificados ejemplos del tono general de las declaraciones testificales presentadas por las defensas. El verdadero principio de contradicción consiste en hacer posible –como se hizo– un interrogatorio cruzado que permitiera al Tribunal conocer los extremos fácticos que cada una de las partes quería ofrecer al órgano decisorio. Una verdad enriquecida por la exhibición –ya en la prueba documental– de cerca de un centenar de vídeos sobre los hechos.

En definitiva, la práctica de la prueba se ajustó a la secuencia ordinaria de los actos procesales. Sin convertir el principio de preclusión en una rígida regla de ordenación del procedimiento, lo cierto es que la presente causa penal, después del debate inicial sobre vulneración de derechos fundamentales, dio paso a la práctica ordenada del interrogatorio de los procesados, el examen de los testigos y la prueba documental. La confrontación de las declaraciones personales con documentos fue declarada pertinente y ofrecida a todas las partes siempre que estuviera en juego la autenticidad del documento sobre el que se formulaban las preguntas, no cuando lo que se pretendía era ofrecer a la Sala una valoración anticipada acerca de la credibilidad de los testigos.

No existió, por tanto, la vulneración denunciada».

2.3. La posible vulneración del principio de contradicción

Tiene razón procesal el TS. Una cosa es el principio de contradicción y otra muy distinta la confiabilidad del testimonio (si el testigo dice verdad o no en su declaración)¹⁴. El principio de contradicción no se violó.

Las defensas podían haber utilizado otro medio para denunciar lo que querían denunciar, que la Sala llega a sugerir, primero, presentando las grabaciones como prueba autónoma, y segundo, dado que en el proceso penal no se puede tachar al testigo, hacer saber al tribunal su mendacidad en el momento de la declaración (en la instrucción o en el juicio oral), y en el trámite de informes finales afirmarlo ante el tribunal para que lo tenga en cuenta. Si, para demostrar la infracción del deber de decir verdad del testigo, hace falta la prueba de la prueba (es decir, una prueba específica para probar la mentira), debe ser admisible.

IV. LA PRISIÓN PROVISIONAL

La STS 459/2019, no ha abordado directamente el tema de la prisión provisional de los investigados y luego acusados, salvo para relatar hechos, confirmar hechos probados y ordenar el abono del tiempo pasado a efectos de la condena, pero numerosas resoluciones del Juez Instructor y de la Sala de Recursos de la Sala II del TS han tratado sobre ella.

1. LOS PRESUPUESTOS LEGALES

La cuestión clave es si en el caso se han dado, con relación a todos o a algunos de los investigados y acusados, los presupuestos que la LECrim exige, interpretados a la luz de la doctrina del TS y del TC, para acordar la prisión provisional de los mismos o si, al contrario, al acordar su privación de libertad se ha producido una interpretación lesiva a sus derechos fundamentales (libertad, presunción de inocencia y defensa, a los que habría que añadir en algunos de los acusados su derecho a la participación política).

Los presupuestos para acordar la prisión provisional se fijan en el art. 503 LECrim: Indicios de delito castigado con pena superior a 2 años de prisión, como regla general (*fumus boni iuris*); motivos bastantes para atribuir la responsabilidad del mismo al destinatario de la medida; riesgo de fuga (*periculum in mora*); peligro de ocultamiento o destrucción de pruebas; y peligro de ataque a bienes jurídicos de la víctima.

Todos estos requisitos han sido analizados en las resoluciones antedichas. Incluso se llegaron a plantear recursos de inconstitucionalidad sobre el tema, todos ellos inadmitidos o desestimados.

14. Sobre la relación jurídica entre prueba testifical y principio de contradicción en este caso, v. PLANCHADELL GARGALLO, A., *Secuencia prueba testifical y documental videográfica*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, pp. 279 a 281.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En nuestro caso, todos los investigados que tuvieron una participación directa en los hechos, la gran mayoría, han sufrido la prisión preventiva. El TS niega, con razón, que el hecho de estar privado de libertad haya podido perjudicar su derecho de defensa [FD A- 5): «Sobre la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías “por haberse tenido que preparar el juicio en una situación de privación de libertad” (arts. 17 y 24 de la CE) y con vulneración del derecho de los Letrados “a gozar del descanso laboral y la conciliación familiar” (*sic*).» (números 37 a 40, ambos inclusive)].

«38.

1.-Razona la representación de los Sres. Miguel, Alberto y Agustín que se ha vulnerado su derecho de defensa porque “... *el investigado preso no puede buscar por sí mismo aquellos medios de prueba que pueden acreditar su inocencia y tiene que pedir que lo hagan sus allegados o sus letrados*”. La vulneración de ese derecho tiene como efecto reflejo la erosión de otro derecho fundamental, en este caso, del “... *derecho de los letrados a gozar del descanso laboral y la conciliación familiar*”. El efecto pernicioso para la defensa de los procesados estaría producido por “... *tener que levantarse muy de madrugada y regresar tarde al centro penitenciario, sin tener la oportunidad de poder preparar adecuadamente con sus letrados las siguientes sesiones del juicio o debiendo hacerlo exclusivamente los fines de semanas*”. No es suficiente para atender esta queja la creativa originalidad con la que se asocia la vulneración del derecho a la libertad de un procesado y el menoscabo del derecho al descanso familiar del abogado que prepara su defensa.

La defensa de los Sres. Ignacio y Luis complementa este enfoque con la idea de que la prisión preventiva está privando a los acusados del “... *derecho a mantener una vida familiar digna (...) y ejercer debidamente la defensa*”. Se les está sometiendo “... *a un enjuiciamiento en condiciones incompatibles con la debida dignidad y tranquilidad que debe imponer a quienes se habrán de someter a un juicio de las características e importancia del que nos ocupa*”.

El argumento sobre el que se construye la negativa incidencia que la medida cautelar que afecta a los procesados habría tenido en el derecho de defensa, no se sostiene. Las medidas cautelares de restricción de la libertad se acomodan a sus presupuestos legitimadores. La defensa no cuestiona ahora la efectiva concurrencia de esos presupuestos –*cf.* art. 503 y ss. LECrim–. Se limita a afirmar el efecto pernicioso que esa limitación puede traer consigo en el acopio de las pruebas necesarias para hacer valer su defensa.

Ningún sistema procesal democrático admite, desde luego, dos clases de procesados, aquellos que gozan de libertad provisional y, por tanto, pueden preparar adecuadamente su defensa y aquellos otros sometidos

a prisión preventiva y que resultan indefensos. La mejor prueba de ello es que el Letrado que hace valer la incompatibilidad entre privación de libertad y derecho de defensa no menciona un solo medio de prueba o una sola diligencia de investigación que no haya podido incorporar a la causa por razón del internamiento que afecta a sus clientes. La capacidad de solicitar diligencias de investigación durante la fase de instrucción está expresamente reconocida por el art. 311 de la LECrim. La aportación de medios de prueba para hacer valer durante el plenario está admitida, sin más límites que su declaración de pertinencia, por el art. 656 de la LECrim.

39.

2.–Tampoco tiene razón el Letrado que asume la defensa de los Sres. Miguel, Alberto y Agustín cuando lamenta “*el agotador ritmo de las sesiones*” o “*el ritmo de sesiones absolutamente extenuante*”.

Carece de lógica lamentar la prisión preventiva de un procesado y, al mismo tiempo, añorar mayor lentitud en la tramitación del procedimiento. La prisión preventiva, como excepcional fórmula de asegurar los fines del proceso, no tolera un *tempo lento* en la práctica de los actos procesales. No se trata, desde luego, de someter el enjuiciamiento a un calendario de *alta velocidad*. Pero la privación de libertad –que, como se ha razonado en otras resoluciones que obran en la causa, no admitía medidas alternativas por el alto riesgo de fuga–, impone sus propias razones para no distanciar las fechas de señalamiento.

La queja sobre vulneración del derecho de defensa silencia que la Sala ha permitido, durante el tiempo de estancia en las dependencias del Tribunal Supremo en las que se ha desarrollado el juicio, el ilimitado contacto entre los Letrados y sus patrocinados. Ese contacto no ha sido ni siquiera restringido durante el tiempo dedicado al almuerzo.

En suma, el desarrollo del juicio ha sido la mejor muestra de la claridad con la que el Letrado que ahora lamenta ese ritmo ha hecho valer sus argumentos exoneratorios.

Cuanto antecede convierte en innecesario el excepcional juicio de ponderación o balanceo que se sugiere entre el derecho de defensa y el derecho al descanso laboral y la conciliación familiar del Letrado que asume su ejercicio.

40.

3.–La queja acerca de las condiciones en que iba a desarrollarse el juicio, incompatibles con la debida dignidad de los acusados, no fue reiterada por ninguna de las defensas durante las prolongadas sesiones celebradas. La vulneración de la dignidad de los procesados, anunciada *ad cautelam*, no puede ahora sostenerse sin faltar a la verdad de lo realmente acaecido. En efecto, se arbitraron los medios precisos para que durante los momentos de interrupción o suspensión del juicio, ninguno de los acusados fuera trasladado a dependencias penitenciarias. Se prohibieron los grilletes o

esposas durante los desplazamientos de los acusados hasta el salón en el que se desarrollaban las vistas. Fue habilitada una dependencia del Tribunal Supremo –el lugar en el que históricamente se reunía la Sala de Gobierno del propio Tribunal–, convirtiéndola en el punto de encuentro con familiares que quisieran asistir a las sesiones del plenario. Se sustituyó el menú diario que acompaña a cualquier preso preventivo durante los días de celebración de juicio –integrado por un bocadillo y una pieza de fruta–, por un *catering* que incluía comida caliente, dos platos y postre. Se permitió a todos los acusados abandonar “*el banquillo*” y ubicarse en el estrado, manteniendo la proximidad con sus respectivos Letrados. Durante las sesiones no se impidió a los acusados el uso de sistemas telemáticos de comunicación con terceros, con el fin de no restringir la búsqueda de materiales y documentos que pudieran servir de apoyo a la línea argumental que, en cada momento, hacían valer sus respectivos Letrados.

En suma, la dignidad de los acusados y la plenitud de sus derechos estuvieron garantizadas durante todos y cada uno de los días en que tuvieron lugar las sesiones del plenario».

3. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

A mi juicio, no es discutible la concurrencia ni del requisito de la gravedad del delito y de la pena (la acusación por delito más grave era por delito de rebelión, castigado con hasta 25 años de prisión); y tampoco es discutible el riesgo de fuga, aunque los acusados tengan arraigo, profesión y reconocimiento social en Cataluña, a la vista de que el instigador principal de los hechos enjuiciados, entonces presidente de la Generalidad catalana y hoy refugiado en Bélgica, huyó de España antes de ser detenido. Este hecho siempre ha perjudicado a los encausados en el tema relativo a su situación cautelar personal y es suficiente para considerar cumplido el requisito.

Es dudoso que exista peligro de ocultamiento o de destrucción de pruebas, aunque a la vista de los hechos entra dentro de lo posible su realización. Más problemática puede ser la concurrencia del requisito de reiteración delictiva, porque ninguno de los encausados ha manifestado arrepentimiento alguno respecto a los hechos, es más, han declarado públicamente que volverían a hacer lo mismo.

Sin embargo, da la impresión de que el riesgo de que, de estar en libertad, siguieran cometiendo los mismos delitos por los que están siendo enjuiciados, ha sido el requisito que más ha tenido en cuenta el TS para mantener la prisión provisional¹⁵.

En mi opinión, no se vulneran con la decisión de acordar la prisión provisional ni el art. 503 LECrim, ni se contradice la doctrina del TC español ni del TEDH al respecto. La clave está en la motivación de la decisión, y a lo largo de

15. MORENO CATENA, V., *La prisión provisional de los condenados del Procés*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, p. 216.

las resoluciones interlocutorias en que se ha tratado esta medida cautelar, la fundamentación ha sido suficiente, interpretable y discutible en algunos puntos, sin duda, pero expresiva de motivos bastantes y de razonables sospechas para acordarla. La jurisprudencia sólo obliga a motivar razonablemente, y eso siempre afecta a varias posibilidades sobre los mismos hechos.

Lo sorprendente, como reconoce la propia Sentencia, fue que la defensa no cuestionara nunca la efectiva concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para adoptar la prisión provisional (lo podía haber hecho solicitando de nuevo su levantamiento en el escrito de defensa, en virtud de cambios en el principio *rebus sic stantibus*, lo que habría obligado al tribunal a pronunciarse en la sentencia), sino que se limitara a afirmar el efecto pernicioso que esa restricción podía traer consigo en el acopio de las pruebas necesarias para hacer valer su defensa.

Dos temas se plantean con la adopción de la prisión provisional cuando afecta a políticos en activo: El primero es la restricción a sus derechos políticos, en especial, el de participación, porque en esta causa la privación de la libertad ha imposibilitado a los políticos electos poder participar activamente en política ejerciendo su derecho de representación.

En este caso, se denegó dicho derecho por el riesgo de reiteración delictiva, con apoyo en jurisprudencia del TEDH¹⁶.

El segundo es qué ocurre cuando se obtiene el estado de parlamentario europeo estando en prisión preventiva. Sucedió con el acusado principal y ha sido resuelto por la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019¹⁷. La inmunidad del parlamentario debía implicar el levantamiento de la prisión provisional para que pudiera tomar posesión y ejercer sus funciones parlamentarias. Habiendo concluido el juicio y estando pendiente de sentencia en el momento de proclamación de candidatos tras las elecciones europeas, la única posibilidad de resolver el tema sería que el TS solicitase al Parlamento Europeo la suspensión de la inmunidad. Entretanto, el diputado europeo debería poder ser puesto en libertad si no se hubiera dictado sentencia, pero como se ha dictado y ha sido condenado, el Protocolo (n.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea¹⁸, no le afecta y no hay norma alguna que permita su puesta en libertad. Un tema pendiente de resolver.

V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La STS 459/2019 aborda finalmente la cuestión de la presunción de inocencia. El tema se suscita porque las defensas entienden que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por unas declaraciones hechas a la BBC por un alto cargo político y por otros líderes políticos sobre los

16. MORENO CATENA, V., *op. cit.*, pp. 222 a 232, lo explica con detalle.

17. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221795&doclang=ES>.

18. Diario Oficial de la Unión Europea de 26.10.2012, C 326/1.

hechos enjuiciados y los hoy condenados, lo que vulneraría en su entender los arts. 6.3 CEDH y 24 CE.

La jurisprudencia española sobre la presunción de inocencia es doctrina consolidada, tanto en el Tribunal Supremo como en el Tribunal Constitucional¹⁹. La particularidad en nuestro caso reside en fijar la relación entre declaraciones extrajudiciales a cargo de políticos sobre un tema penal que se está enjuiciando y la presunción de inocencia, estableciendo en caso de vulneración las consecuencias jurídicas.

1. EL DESARROLLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL SUPRANACIONAL EUROPEO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰, al amparo del artículo 6.2 CEDH, ha fijado la siguiente doctrina sobre la presunción de inocencia:

«2. *Presunciones de hecho y de derecho*

202. El derecho de todo acusado a la presunción de inocencia y a que la acusación soporte la carga de probar las acusaciones formuladas contra él no es absoluto en un sistema jurídico que prevea presunciones de hecho o de derecho, que no están prohibidas, en principio, por el Convenio (Falk c. Países Bajos [dec.]) sobre la imposición de una multa al propietario registrado de un coche que no era el verdadero conductor en el momento de la comisión de las infracciones de tráfico en cuestión). Los Estados contratantes pueden, en ciertas condiciones, penalizar un hecho material u objetivo considerado como tal, ya proceda o no de una intención delictiva o de una negligencia (Salabiaku c. Francia, párrafo 27, sobre la presunción de responsabilidad penal por tráfico derivada de la posesión de estupefacientes; Janosevic c. Suecia, párrafo 100, sobre la imposición de aumento de impuestos por razones objetivas y su aplicación antes de la decisión del juez). Dicho esto, el artículo 6.2 obliga a los Estados a utilizar estas presunciones dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad del caso y preservando los derechos de defensa (Salabiaku c. Francia, párrafo 28; Radio Francia y otros c. Francia, párrafo 24, sobre la presunción de responsabilidad penal de un director de una publicación por las declaraciones difamatorias en programas radiofónicos; Klouvi c. Francia, párrafo 41, sobre la imposibilidad de defenderse contra una denuncia calumniosa porque la presunción legal de falsedad de una acusación contra un acusado absuelto por falta de pruebas era falsa). 38/69

19. Me remito al resumen que hago en GÓMEZ COLOMER, J.L., *Presunción de inocencia*, Revista Teoría & Derecho 2019, núm. 26, Revista de Pensamiento Jurídico, número dedicado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, pp. 182 a 189.

20. Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo (parte penal) Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2014, punto V. Garantías específicas A. La presunción de inocencia (artículo 6.2). Accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf. La versión inglesa está actualizada a fecha 31 de agosto de 2019; la española, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf, sólo llega hasta 2014.

© Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal)
203. Los Estados contratantes que recurran a presunciones en Derecho penal deben equilibrar la importancia del caso con los derechos de defensa; es decir, los medios deben ser razonablemente proporcionados a la finalidad legítima perseguida (Janosevic c. Suecia, párrafo 101; Falk c. Países Bajos).

3. *Alcance del artículo 6.2 a*

En materia penal

204. El artículo 6.2 regula los procesos penales en su totalidad, con independencia del resultado de las actuaciones, y no sólo el examen del fundamento de la acusación (véase, entre otros muchos precedentes, Poncelet c. Bélgica, párrafo 50, Minelli c. Suiza, párrafo 30; Garycki c. Polonia, párrafo 68).

205. La presunción de inocencia no deja de aplicarse a la fase de apelación por el mero hecho de que el procedimiento en primera instancia conlleve la detención de la persona (Konstas c. Grecia, párrafo 36).

206. Desde el momento en que se prueba debidamente que el acusado es culpable del delito, el artículo 6.2 no puede aplicarse respecto a los alegatos sobre la personalidad y el comportamiento del interesado en el marco del procedimiento de imposición de la pena, a menos que estas acusaciones sean de tal naturaleza y grado que se analicen como una nueva “acusación” en el sentido autónomo que posee esta noción en el marco del Convenio (Phillips c. Reino Unido, párrafo 35; Böhmer c. Alemania, párrafo 55; Geerings c. Países Bajos, párrafo 43).

207. Dicho esto, el derecho de todo acusado a ser considerado inocente y a que la acusación soporte la carga de probar las acusaciones formuladas contra él se deriva de la noción general de proceso equitativo en el sentido del artículo 6.1, aplicable al procedimiento para dictar sentencia (Phillips c. Reino Unido, párrafos 39-40; Grayson y Barnham c. Reino Unido, párrafos 37 y 39).

b. *Procedimientos posteriores*

208. La presunción de inocencia también impide que las personas que han sido absueltas o a las que se les han retirado los cargos sean tratadas por los funcionarios o las autoridades públicas como si fueran de hecho culpables del delito que se les había imputado. Sin una protección destinada a que se respete en cualquier procedimiento ulterior una absolución o una decisión de retirada de cargos, las garantías del artículo 6.2 correrían el riesgo de convertirse en teóricas e ilusorias. Lo que también está en juego, tras la finalización de un proceso penal, es la reputación del interesado y la forma en que éste es percibido por el público (Allen c. Reino Unido [GS], párrafo 94).

209. Cada vez que se plantee la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.2 en un procedimiento posterior, el demandante debe demostrar la

existencia de un vínculo entre el proceso penal concluido y la acción subsiguiente. Tal vinculación puede presentarse, por ejemplo, cuando la acción ulterior requiere el examen de los resultados del procedimiento penal y, en particular, cuando obliga a la jurisdicción correspondiente a analizar la sentencia penal, participar en un estudio o valorar los elementos de prueba vertidos en el proceso penal, hacer una apreciación de la participación del demandante en una o todas las circunstancias que han conducido a inculparlo, o a formular comentarios sobre los indicios que siguen apuntando a la posible culpabilidad del interesado (Allen c. Reino Unido [GS], párrafo 104).

210. El Tribunal ya ha tenido que considerar la aplicabilidad del artículo 6.2 a resoluciones dictadas tras el término del procedimiento penal, particularmente en lo que se refiere a: 1. la obligación impuesta a un ex-acusado de asumir las costas judiciales y de instrucción; 1. una demanda de indemnización interpuesta por un ex-acusado relativa a una detención provisional o a cualquier otra circunstancia perjudicial del proceso penal; 2. una demanda formulada por un ex-acusado para que le devuelvan los gastos de su defensa; 3. una demanda de indemnización de un ex-acusado por los daños causados por una investigación o un procedimiento irregulares o abusivos; 4. la obligación civil de indemnizar a la víctima; 5. el rechazo de una acción civil presentada por el demandante contra una compañía de seguros; 6. el mantenimiento en vigor de una orden de internación de un niño, tras la decisión del Fiscal de no inculpar a los padres por maltrato; 7. cuestiones disciplinarias o de despido; y 8. la revocación del derecho del demandante a una vivienda social (véase Allen c. Reino Unido [GS], párrafo 98 con muchas otras referencias).

4. *Declaraciones perjudiciales*

211. El artículo 6.2 del Convenio persigue evitar que se infrinja el derecho a un juicio penal equitativo por declaraciones negativas estrechamente relacionadas con el proceso. Si no hay un proceso penal en curso o no se ha iniciado, los comentarios que atribuyen a otra persona la responsabilidad de un delito u otra conducta impropia incumben más bien a la protección contra la difamación y al derecho a reclamar derechos civiles en los tribunales, y plantean problemas potenciales con respecto a los artículos 8 y 6 del Convenio (Zollmann c. Reino Unido; Ismoilov y otros c. Rusia, párrafo 160).

212. Hay una diferencia fundamental entre decir que alguien es simplemente sospechoso de haber cometido un delito y una declaración judicial inequívoca que establezca, antes de una condena definitiva, que la persona ha cometido el delito en cuestión (Ismoilov y otros c. Rusia, párrafo 166; Nešťák c. Eslovaquia, párrafo 89). En este último caso, se atenta contra la presunción de inocencia, mientras que el primero se ha considerado inobjetable en varios asuntos examinados por el Tribunal (véase Garycki c. Polonia, párrafo 67).

213. La cuestión de saber si las palabras de un juez u otra autoridad pública socavan el principio de presunción de inocencia debe determinarse en el contexto de las circunstancias específicas en las que se han emitido dichas declaraciones (Daktaras c. Lituania, párrafo 42; A.L. c. Alemania, párrafo 31).

214. Las observaciones de los jueces están sometidas a controles más estrictos que las de las autoridades investigadoras (Pandy c. Bélgica, párrafo 43).

215. La expresión de dudas sobre la inocencia del acusado es concebible siempre y cuando el proceso penal no haya dado lugar a una decisión sobre el fondo a favor de la acusación (Sekanina c. Austria, párrafo 30). No obstante, en cuanto la absolución sea definitiva, la expresión de tales sospechas de culpabilidad es incompatible con la presunción de inocencia (Rushiti c. Austria, párrafo 31; O. c. Noruega, párrafo 39; Geerings c. Países Bajos, párrafo 49; Paraponiaris c. Grecia, párrafo 32).

5. *Declaraciones de las autoridades judiciales*

216. La presunción de inocencia se verá infringida si una decisión judicial refleja la opinión de que es culpable antes de que se hubiese probado legalmente su culpabilidad. Esto se aplica incluso en ausencia de cualquier declaración formal, bastando una motivación que dé a pensar que el juez considera al interesado como culpable (véase, jurisprudencia decisiva, Minelli c. Suiza, párrafo 37, y, recientemente, Nerattini c. Grecia, párrafo 23; Didu c. Rumanía, párrafo 41). La expresión prematura de tal opinión por el propio tribunal viola claramente la presunción de inocencia (véase, como ejemplos recientes, Nešťák c. Eslovaquia, párrafo 88; Garycki c. Polonia, párrafo 66). 40/69 © Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal).

217. Lo que importa a efectos del artículo 6.2 es el sentido real de las declaraciones en cuestión y no su forma literal (Lavents c. Letonia, párrafo 126).

218. El hecho de que el demandante haya sido juzgado definitivamente culpable no puede descartar su derecho inicial a ser considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada conforme a la ley (véase Matijašević c. Serbia, párrafo 49; Nešťák c. Eslovaquia párrafo 90, sobre decisiones para mantener la detención de los demandantes).

6. *Declaraciones de funcionarios públicos*

219. La presunción de inocencia puede ser violada no sólo por un juez o un tribunal, sino también por otras autoridades públicas (Allenet de Ribemont c. Francia, párrafo 36; Daktaras c. Lituania, párrafo 42; Petyo Petkov c. Bulgaria, párrafo. 91). El artículo 6.2 prohíbe cualquier declaración de un funcionario público sobre las investigaciones criminales en curso que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y que prejuzguen la apreciación de los hechos por parte de la autoridad

judicial competente (Ismoilov y otros c. Rusia, párrafo 161; Butkevičius c. Lituania, párrafo 53).

220. El artículo 6.2 no impide a las autoridades informar al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela que requiere el respeto a la presunción de inocencia (Fatullayev c. Azerbaiyán, párrafo 159; Allenet de Ribemont c. Francia, párrafo 38; Garycki c. Polonia, párrafo 69).

221. El Tribunal insiste en la importancia de la elección de las palabras de los funcionarios públicos en sus declaraciones acerca de una persona que aún no ha sido juzgada y reconocida culpable de un delito penal (Daktaras c. Lituania, párrafo 41; Arrigo y Vella c. Malta [dec.]. Khoujine y otros c. Rusia, párrafo 94).

7. *Campaña de prensa negativa*

222. En una sociedad democrática, los comentarios severos de la prensa son inevitables sobre los asuntos que interesan al público (Viorel Burzo c. Rumanía, párrafo 160; Akay c. Turquía [dec.]).

223. No obstante, una campaña de prensa virulenta puede afectar a la imparcialidad de un proceso por influir en la opinión pública y, en consecuencia, en los jurados a la hora de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado (Kuzmin c. Rusia, párrafo 62). Las inquietudes subjetivas del demandante en cuanto a la ausencia de prejuicios que se impone a un tribunal, por muy comprensibles que sean, no son el elemento decisivo: debe establecerse, antes de nada, si pueden justificarse objetivamente teniendo en cuenta las circunstancias del caso (véase Włoch c. Polonia [dec.] Daktaras c. Lituania [dec.], Priebke c. Italia [dec.], y Mustafa [Abu Hamza] c. Reino Unido [dec.], párrafos 37-40, sobre las repercusiones de los comunicados de prensa en la imparcialidad de un tribunal de primera instancia).

224. Los tribunales nacionales compuestos en su totalidad por jueces profesionales tienen en general, a diferencia de los miembros del jurado, la experiencia y la formación suficiente para que resistirse a cualquier influencia exterior (Craxi c. Italia [no 1], párrafo 104; Mircea c. Rumanía, párrafo 75).

225. La publicación de fotografías de los sospechosos no infringe por sí misma la presunción de inocencia (Y.B. y otros c. Turquía, párrafo 47). La difusión de imágenes del sospechoso en televisión puede, en algunas circunstancias, plantear un problema en el ámbito del artículo 6.2 (Rupa c. Rumanía [no 1], párrafo 232).

8. *Sanciones por no facilitar la información*

226. La presunción de inocencia está estrechamente vinculada al derecho a no declarar contra sí mismo (Heaney y McGuinness c. Irlanda, párrafo 40). 41/69 © Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal).

227. La obligación para los propietarios de vehículos de identificar al conductor en el momento en que se comete una infracción de tráfico no es incompatible con el artículo 6 del Convenio (O'Halloran y Francis c. Reino Unido [GS]).

228. Obligar a los conductores a someterse a una prueba de aliento o a un análisis de sangre no es contrario al principio de presunción de inocencia (Tirado Ortiz y Lozano Martin c. España [dec.]»).

2. LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN LA STS 459/2019

Nuestra sentencia dedica el Fundamento Jurídico A) – 8) [Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la Secretaría de Estado Dña. Antonia y otros líderes políticos (arts. 6.3 CEDH y 24 CE) (números 47 a 50, ambos inclusive)], a resolver sobre las vulneraciones de los derechos fundamentales alegadas por los acusados:

«II.–FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

...

47.–Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la Secretaría de Estado Dña. Antonia y otros líderes políticos (arts. 6.3 CEDH y 24 CE)

48.–La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se habría generado –a juicio de las defensas– por las manifestaciones hechas a la BBC por la entonces Secretaria de Estado Dña. Antonia. Con ocasión de una entrevista, ésta habría afirmado que el presente juicio sería un reto para el sistema judicial español, porque “... el hecho de que haya líderes políticos que han cometido delitos penales que estén siendo juzgados no es algo que ocurra habitualmente”. La defensa del Sr. Alejandro añade la vulneración que habría estado originada por manifestaciones públicas de responsables políticos que debatían sobre el indulto cuando todavía no se había pronunciado ninguna condena. La defensa de la Sra. Adriana incluía entre quienes habrían vulnerado ese derecho, a lo largo de la fase de instrucción, a la entonces vicepresidenta del Gobierno, Dña. Ariadna y al ex ministro de justicia, D. Hernán. Ya en la fase intermedia, se habrían sumado a esa criminalización anticipada, presumiendo sentencias condenatorias cuando el juicio todavía no se había iniciado, la Ministra de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Dña. Francisca, líderes políticos del grupo parlamentario de Ciudadanos, el Presidente autonómico de Madrid y otros representantes políticos. Insistía en esta reclamación la defensa de los Sres. Ignacio y Luis, para quien la presunción de inocencia, como garantía fundamental del proceso penal, “... ha sido destruida a través de una campaña de criminalización de los investigados y posteriormente acusados, efectuada desde la posición oficial, institucional o de influencia política de distintos representantes del poder

político, judicial, de la fiscalía, etc., ejercida además con la complicidad de una campaña mediática feroz”.

La Sala no concluye la existencia de la vulneración que se denuncia.

49.—La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no circunscribe la vigencia del principio de presunción de inocencia a los estrechos márgenes del proceso. En la sentencia *Lizaso Azconobieta c. España*, de 28 de junio 2008, razonaba el Tribunal de Estrasburgo que “... si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 62, serie A no 168), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (*Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, §§ 35-36, serie A n.º 308; *Viorel Burzo c. Rumania*, números 75109/01 y 12639/02, § 156, 30 de junio de 2009; *Moulet c. Francia* [dec.], n.º 27521/04, 13 de septiembre de 2007).

Además, el Tribunal precisa que una violación de la presunción de inocencia puede emanar no sólo de un Juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado (*Allenet de Ribemont c. Francia*, sentencia del 10 de febrero de 1995, § 36, serie A n.º 308; *Daktaras c. Lituania*, n.º 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) y personalidades públicas (“public officials”; *Butkevicius c. Lituania*, n.º 48297/99, § 53, CEDH 2002-II [extractos]).

Es verdad que el artículo 6 § 2 no impediría, al amparo del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia (*Allenet de Ribemont*, ya citada, § 38 y *Y.B. y otros c. Turquía*, números 48173/99 y 48319/99, § 47, 28 de octubre de 2004). Si el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y de comunicación conlleva el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, considera, sin embargo, que estos elementos deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad (*Y.B. y otros c. Turquía*, ya citada, § 49). El Tribunal subraya a este respecto la importancia de la elección de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y se haya reconocido culpable de una infracción.

Considera así que lo que importa a los fines de aplicación de la disposición precitada, es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su tenor literal (*Lavents c. Letonia*, n.º 58442/00, § 126, 28 de noviembre

de 2002). No obstante, la cuestión de si la declaración de un agente público constituye una violación del principio de presunción de inocencia debe ser analizada en el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada (ver particularmente *Adolf c. Austria*, sentencia del 26 de marzo de 1982, §§ 36-41, serie A n.º 49). Hay que hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio (*Marziano c. Italia*, n.º 45313/99, § 31, 28 de noviembre de 2002).

50.–La jurisprudencia de esta Sala, en línea con la doctrina expuesta, no ha entendido el derecho a la presunción de inocencia como una regla interina, de limitada eficacia al espacio que es propio del juicio oral. Hemos reiterado en numerosos precedentes que el derecho a ser tenido como inocente es una regla de tratamiento que trasciende al proceso y que ha de insertarse en el concepto público hacia cualquier ciudadano cuya culpabilidad todavía no haya sido declarada en sentencia firme. Que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento, está fuera de dudas. Todo investigado o acusado en un proceso penal es inocente mientras no se declare por la autoridad judicial y de manera definitiva lo contrario. Y como tal ha de ser tenido (*cf.* SSTS 14/2018, 16 de enero; 1066/2012, 28 de noviembre; 138/2019, 13 de marzo; 211/2019, 23 de abril y 272/2019, 29 de mayo, entre otros muchos precedentes). En la reciente sentencia de esta Sala 344/2019, 4 de julio, referida a un supuesto de hecho que determinó un extraordinario debate político, social y mediático –con intenso eco en las redes sociales– sugeríamos la diferencia entre una dimensión procesal y extraprocesal del derecho a presunción de inocencia.

Se impone, por tanto, estar al alcance y al contenido concreto de esas declaraciones que se consideran vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia.

En el supuesto que nos ocupa, más allá del acierto o desacierto de esas manifestaciones, mal puede entenderse que menoscaba la repetida regla de tratamiento quien condiciona la existencia del delito al desarrollo del juicio (“... delitos penales que están siendo juzgados”). Esas palabras, torpes en su enunciado y en su expresión, lo que reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a tener el enjuiciamiento de unos líderes políticos. La opinión de quien así se expresa carece, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria que ha asumido esta Sala.

El debate sobre la procedencia de un indulto, cuando todavía ninguno de los acusados ha sido declarado culpable, es un elocuente ejemplo de falta de rigor y responsabilidad institucional. Pero está fuera de dudas que no

es incompatible creer en la inocencia de cualquiera de los acusados y, al propio tiempo, reivindicar el indulto para el caso en que esa inocencia no fuera judicialmente declarada.

Sea como fuere, esa anticipada e inaceptable afirmación de culpabilidad, compartida por no pocos representantes políticos, no ha tenido –no puede tener– ningún reflejo en el proceso de valoración probatoria que ha llevado a cabo esta Sala. Conviene marcar una nítida diferencia entre las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia que pueden originarse en el seno del proceso y aquellas otras vulneraciones sociales de la presunción de inocencia, entendida ahora como regla de tratamiento. En el primer caso, las consecuencias han de fijarse atendiendo a la gravedad que encierra un desbordamiento de los límites del Estado en la actuación del *ius puniendi*. En el segundo, la reparación en nada interfiere la legitimidad de la actuación jurisdiccional dirigida a la proclamación del juicio de autoría. El razonamiento de las defensas parece equiparar esas dos formas de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Unas declaraciones políticas que implicaran, por ejemplo, la torpe y anticipada afirmación de culpabilidad de quienes están siendo enjuiciados, nunca pueden acarrear como ineludible consecuencia la obligación del tribunal de interrumpir el enjuiciamiento y dictar sentencia absolutoria. Lo verdaderamente determinante es que la culpabilidad de los acusados sea el desenlace de una práctica probatoria desarrollada conforme a los principios constitucionales que enmarcan el ejercicio de la función jurisdiccional. Y esto es lo realmente acontecido en el presente juicio.

No existió la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia».

3. LA VALIDEZ DE LAS CRÍTICAS MEDIÁTICAS SOBRE PERSONAJES PÚBLICOS INVESTIGADOS

A la vista de la jurisprudencia citada, la decisión de la Sentencia del *Proces* en materia de presunción de inocencia es en mi modesta opinión irrefutable, por las siguientes razones:

1.º) No hay cambio jurisprudencial en la materia. A pesar de la enorme trascendencia socio-política del caso, el TS no ve motivos para dejar de respetar y seguir su propia doctrina, la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tema de presunción de inocencia.

2.º) La cuestión clave aquí, el matiz si se quiere, es que el acto vulnerador no se comete dentro del proceso penal, sino en unas declaraciones de un alto cargo político a un medio radiotelevisivo extranjero, en donde, previamente a su enjuiciamiento, se refiere a los investigados como «líderes políticos que han cometido delitos penales». Para las defensas se trataba de unas declaraciones vulneradoras de la presunción de inocencia porque anticipaban la criminalidad

de los hechos y la responsabilidad penal de sus autores, en suma, anticipaban la condena sin juicio previo alguno. El acto vulnerador fue para las mismas una «campaña mediática feroz».

3.º) En los albores de fijación de los límites de la presunción de inocencia se habría tratado de un caso nuevo, pero afortunadamente para el TS, el TEDH se había ocupado ya sobre la vigencia de principio de presunción de inocencia fuera de los estrechos márgenes del proceso penal. La doctrina sentada era, partiendo de este reconocimiento:

- a) El alcance de la presunción de inocencia exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal.
- b) Una violación de la presunción de inocencia puede emanar no sólo de un Juez o de un tribunal, sino también de otros agentes del Estado.
- c) El artículo 6.2 no impide, al amparo del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia, es decir, con expresiones exentas de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad.
- d) Dicho esto, lo que importa es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su tenor literal, analizando el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada, distinguiendo entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulnerarían la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio.

4.º) El TS español reconoce indubitadamente desde hace tiempo que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento.

5.º) En el supuesto que nos ocupa, más allá del acierto o desacierto de esas manifestaciones (verdaderamente fue una torpeza como se expresó el alto cargo político), mal puede entenderse que menoscaba la repetida regla de tratamiento quien condiciona la existencia del delito al desarrollo del juicio («... delitos penales que están siendo juzgados»), pues lo que reflejan es el deseo de subrayar el desafío que para el poder judicial iba a tener el enjuiciamiento de unos líderes políticos.

6.º) Y concluye: La opinión del alto cargo político carece, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria que ha asumido el TS. Lo que realmente ha sucedido es que las defensas han confundido una violación de la presunción de inocencia cometida dentro del proceso y una violación de la presunción de inocencia fuera del mismo, creyendo que ambas eran equiparables y con el mismo valor.

Por tanto, el respeto a la doctrina del TEDH recogida *supra* en el apartado 2.4 de este texto, punto «6. Declaraciones de funcionarios públicos», es prácticamente literal. También el respeto a su propia doctrina y a la del TC, pues no vio elemento alguno para modificarla, derogarla o ampliarla.

Dos reflexiones acuden a mi mente ahora:

A) Obsérvese que el razonamiento del TS coincide con el anhelo de reforzar el valor del juicio oral a la hora de determinar la culpabilidad del acusado. Resalto este tema porque nuestro proceso penal va por otro camino en muchos asuntos hoy en día que no son menos graves o leves, sino graves o muy graves, por ejemplo, en la evitación del juicio oral, lo que es especialmente sangrante respecto a la prueba, aumentando las posibilidades del principio de oportunidad, en la ley y en la realidad práctica.

El TS destaca, al contrario, su gran valor al afirmar que: «Lo verdaderamente determinante es que la culpabilidad de los acusados sea el desenlace de una práctica probatoria desarrollada conforme a los principios constitucionales que enmarcan el ejercicio de la función jurisdiccional». Y ello únicamente puede ocurrir en el juicio oral, desarrollado conforme a los parámetros constitucionales (principio de contradicción, en particular el derecho de defensa incardinado en él, y principios de oralidad, de intermediación, y de publicidad, así como los ordinarios en vigor).

Éste es el valioso concepto que encierra en su interior el principio de la presunción de inocencia, porque obliga a la acusación a probar, de manera suficiente e idónea, mediante actividad desarrollada en el juicio oral, que su pretensión inculpativa está fundada. Que exista alguna excepción, motivada por la pura racionalidad (diligencias de investigación, prueba preconstituída, prueba transnacional, etc.), no empece a este excelso valor.

Con ello, el reconocimiento del principio de la presunción de inocencia realza el valor del juicio oral. Si ello no fuera así, cualquier incidente externo al proceso pondría en peligro la necesidad de probar la culpabilidad de una persona. Por eso, tanto el TEDH como el TC se encargan de decir claramente que: «Unas declaraciones políticas que implicaran, por ejemplo, la torpe y anticipada afirmación de culpabilidad de quienes están siendo enjuiciados, nunca pueden acarrear como ineludible consecuencia la obligación del tribunal de interrumpir el enjuiciamiento y dictar sentencia absolutoria». Me parece irrefutable, pues en otro caso no habría Justicia, sino política sin control.

B) Hay una segunda cuestión que el TS no ha abordado, en relación con este tema, que quizás habría reforzado más la certera decisión adoptada. Me refiero al valor probatorio de constataciones externas de hechos realizadas en forma indirecta, circunstancial o indiciaria, que acaba siendo irrefutable y mucho más contundente que la prueba usual que en un proceso penal puede practicarse, la declaración de un testigo presencial por ejemplo, incluso puede que más que la declaración de un perito. Estamos ante un desarrollo tal de las tecnologías que parece evidente no poder desmentir lo irrefutable. Hoy el test de ADN, por ejemplo, que suele partir de indicios, no es una prueba directa, sino circunstancial

(prueba de corroboración). Demuestra si dos vestigios, retos o huellas humanas tienen el mismo valor genético, no prueba que el sujeto cuyo ADN se compara sea el autor del delito. Pero si el ADN de esa persona da negativo, ¿qué juez a pesar de ello la condenaría sabiendo que su fiabilidad en este caso es del 100%? Ninguno, todos la descartarían como presunto culpable. Así, indicios, pruebas circunstanciales o de corroboración se convierten hoy en infalibles.

Algo parecido sucede con la televisión cuando lo que graba, sin autorización judicial previa ni casualmente, sirve después indiciariamente en una causa penal. Si en una manifestación en la que se producen hechos violentos se graban imágenes en donde se ve encima de un coche de la policía, destrozado, a dos directivos importantes del movimiento independentista catalán, no vemos que hayan dañado el coche, ni tampoco que hayan causado los graves disturbios que en esos momentos se estaban produciendo. Pero es obvio, aplicando al indicio (la grabación) una máxima de la experiencia, que algo tuvieron que ver, al menos que lo consintieron, y siendo directivos de esos movimientos, mucho más allá, que lo aprobaron.

Alegar en el juicio que la TV vulneró su presunción de inocencia porque un alto cargo político al ver esas imágenes les atribuye responsabilidad criminal, dentro de términos respetuosos amparados por la doctrina jurisprudencial que acabamos de ver, es sólo una estrategia de defensa carente de fundamento alguno, porque la fiabilidad probatoria de las imágenes es muy superior a la fiabilidad de la declaración de los testigos que presenciaron los hechos, es del 100%.

Por ello, en mi modesta opinión, incluso en el caso de que la declaración del responsable político hubiera sido bastante torpe, afirmando anticipadamente la culpabilidad de quienes están siendo enjuiciados, tampoco se podría deducir en ningún caso que la prueba está viciada y que por tanto lo que procedería es dictar sentencia absolutoria, porque la fiabilidad del indicio (las imágenes grabadas por la televisión) exponen por sí mismas deductivamente la verdadera realidad, opine quien opine fuera del contexto judicial.

Sólo exigiría nuestro estado garantista, cuya fortaleza deseo que disfruten los nietos de los nietos de mis nietos, que las imágenes se visionaran contradictoriamente en el juicio oral, en donde podría discutirse incluso su autenticidad, para ganar así el estado de prueba de cargo y enervar la presunción de inocencia.

Por eso muy acertadamente, el Tribunal nunca lo puso en discusión, por eso el proceso siguió adelante y por eso hubo juicio oral en donde se practicó la prueba de cargo. En otras palabras, se dijo adiós a la presunción de inocencia.