

INFORME SOBRE CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS (TEDH) Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

EN LA CAUSA ESPECIAL 20907/2017 Y EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 459/2019¹

1. VALORACIÓN, A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, DEL MARCO CONSTITUCIONAL DESDE EL QUE EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL HA ABORDADO EL ENJUICIAMIENTO DE LOS LÍDERES SEPARATISTAS CATALANES (Pedro Tent Alonso)

Concepto de Estado de Derecho. Art. 7 TUE: la cláusula de defensa del Estado de Derecho

2. EL “DERECHO A DECIDIR” EN EL DERECHO INTERNACIONAL COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD (Helena Torroja Mateu)

Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación. El derecho a la autodeterminación en los textos internacionales. La declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 1988. Falsos precedentes.

3. CUESTIONES DE DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Santiago Ripol Carulla y Rafael Arenas García)

¹ Este Informe se ha elaborado por Rafael Arenas García, Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad Autónoma de Barcelona; Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona); Javier Roldán Barbero, Catedrático de Derecho internacional público, Universidad de Granada; Pedro Tent Alonso (LLM), Letrado, Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia; Helena Torroja Mateu, profesora agregada de Derecho internacional público, Universidad de Barcelona. Este informe ha sido coordinado por Santiago Ripol Carulla. Este estudio es parte del trabajo llevado a cabo por el Comité de Juristas del Foro de Profesores sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019. Las opiniones de los autores se hacen a título personal y no representan necesariamente las opiniones de otros miembros del Foro de Profesores o del resto del Comité de Juristas.

La sombra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y España. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el *procés*. Derechos fundamentales y doctrina del TEDH en la Sentencia del TS

4. CUESTIONES DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (Javier Roldán Barbero)

El factor europeo, siempre presente. Confianza de la UE en la justicia española. El derecho a la autodeterminación y el DUE. Causas abiertas ante el Tribunal de Justicia

1. Las referencias al Derecho internacional, al Derecho europeo de los derechos humanos (TEDH) y al Derecho de la Unión Europea son constantes en los argumentos de los líderes independentistas catalanes.

El presente Informe analiza estas cuestiones, la forma en que fueron planteadas por las partes en el juicio y el modo en que el Tribunal Supremo les ha dado respuesta.

VALORACIÓN, A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, DEL MARCO CONSTITUCIONAL DESDE EL QUE EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL HA ABORDADO EL ENJUICIAMIENTO DE LOS LÍDERES SEPARATISTAS CATALANES²

2. Durante las primeras sesiones del juicio a los líderes separatistas (en adelante, el Juicio), al haber admitido el Tribunal Supremo el planteamiento de distintas cuestiones previas relativas a la hipotética vulneración de derechos fundamentales, se cuestionó por varias defensas el propio marco constitucional desde el que iba a abordarse el Juicio.

Este extremo es de suma relevancia en la medida en que, con mayor o menor precisión, el independentismo catalán pone en duda, continuamente, la caracterización del Reino de España como Estado de Derecho, negándole por consiguiente toda legitimidad a la hora de ejercer su potestad jurisdiccional sobre las conductas objeto de examen imputadas a los acusados (ya condenados).

Extremos cardinales como (i) la independencia del poder judicial, no ya referida a los problemas ordinarios despachables a través del mecanismo de la recusación (profusamente empleada por las defensas y tratada *in extenso* por la propia sentencia), sino vinculados incluso a su propia estructura constitucional y a los mecanismos de designación de los magistrados del Tribunal Supremo con

² Este apartado ha sido redactado por Pedro Tent Alonso.

intervención del Consejo General del Poder Judicial, o (ii) la vigencia de un verdadero sistema de protección de los Derechos Fundamentales (muy singularmente los relativos a las libertades políticas), han sido señalados por las defensas (y el independentismo catalán en general), para poner de manifiesto que el Reino de España no responde al estándar de “Estado de Derecho” que resulta de los Tratados Fundacionales de la Unión Europea (criterio de valoración en el que esencialmente se centra este primer apartado).

Concepto de Estado de Derecho

3. Se hace imprescindible, por consiguiente, dilucidar qué concepto emplea el Derecho de la Unión a la hora de identificar las estructuras político-constitucionales susceptibles de ser calificadas como “Estado de Derecho” y revestidas, por ende, de la legitimidad política y jurídica propias de tal condición.

El artículo 2 de la Tratado de la Unión Europea indica que el de “Estado de Derecho” es uno de los valores fundacionales de la Unión y constituye patrimonio jurídico común de todos los Estados Miembros.

4. Una de las primeras referencias a ese complejo concepto resulta de la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de octubre de 2003, donde se abordaron los rudimentos para la aplicación del actual artículo 7 del Tratado de la Unión Europea (introducido por el Tratado de Ámsterdam y modificado por el de Niza, que justamente contempla la aplicación de mecanismos sancionadores frente a los Estados Miembros que se separen de los valores fundacionales de la Unión expresados en el artículo 2 del Tratado, entre ellos, como se ha visto, el funcionamiento conforme al concepto de “Estado de Derecho”).

Esta primera referencia cobra trascendencia no por el esfuerzo definitorio del *nomen* “Estado de Derecho” (que no se ensaya), ni por el compromiso acerca de la

justiciabilidad del instrumento sancionador del artículo 7 TUE (que directamente se niega), sino por la confirmación categórica de que el ámbito de aplicación del citado artículo 7 TUE desborda los límites propios del Derecho secundario de la Unión, de suerte que sigue siendo aplicable incluso en materias de la exclusiva competencia de los Estados Miembros (apartado 1.1)³, circunstancia que da la medida de la importancia del valor “Estado de Derecho”.

5. Un segundo hito de enorme relevancia fue el constituido por la Comunicación de la Comisión acerca de “*Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*”, de fecha 11 de marzo de 2014.

En esta ocasión, de un modo mucho más exhaustivo y con extensa cita jurisprudencial, la Comisión indicaba que “(...) *la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como varios documentos elaborados por el Consejo de Europa aprovechando, en particular, la experiencia de la Comisión de Venecia, proporcionan una lista no exhaustiva de estos principios, definiendo así el sentido primordial del Estado de Derecho como un valor común de la UE con arreglo al artículo 2 del TUE. Tales principios incluyen la legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista; la seguridad jurídica; la prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; unos tribunales independientes e imparciales; la revisión judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley.*”

La referencia a la Comisión de Venecia formulada por la Comisión Europea no sólo es destacable por el detallado *corpus* doctrinal que aquella institución ha generado sobre el concepto que nos ocupa (prestigiosísima institución, recuérdese, a la que el ex-Presidente Puigdemont recurrió sin fortuna alguna para tratar de ver reconocido

³ Idea que tendrá un reflejo importante en la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15 y C-659/15.

internacionalmente el pseudo-referéndum del 1 de octubre de 2017⁴), sino porque en uno de sus principales estudios al respecto (512/2009, de 4 de Abril de 2011), la Comisión destacaba curiosamente cómo a diferencia de otras constituciones, la española era particularmente exhaustiva en la concreción del *nomen* “Estado de Derecho”⁵.

En dicho estudio, la Comisión de Venecia enumerará como elementos constitutivos del concepto “Estado de Derecho” los siguientes: el principio de legalidad (incluyendo la existencia de un proceso transparente, responsable y democrático de aprobación de las leyes), el de seguridad jurídica (entendido como interdicción de la arbitrariedad pero no de una razonable discrecionalidad), el acceso a la justicia por medio de Tribunales imparciales⁶ y la revisión de decisiones administrativas, el respeto hacia

⁴ <https://www.lavanguardia.com/politica/20170603/423150730181/carta-comision-venecia-respuesta-puigdemont-referendum.html>

⁵ “The notion of the rule of law (or of Rechtsstaat/Etat de droit) appears as a main feature of the state in a number of constitutions of former socialist countries of Central and Eastern Europe (Albania, Armenia, Belarus, Bosnia and Herzegovina, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Georgia, Hungary, Moldova, Montenegro, Romania, Serbia, Slovakia, Slovenia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Ukraine) it is more rare in old democracies (Andorra, Finland, Germany, Malta, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey). It can be mostly found in preambles or other general provisions. There are, however, more concrete provisions in Spain, according to which “the Courts control the power to issue regulations and to ensure that the rule of law prevails in administrative action”; courts as well as prosecutors are subject to the rule of law.” Efectivamente, el artículo 9.3 de la Constitución Española sistematiza (a diferencia prácticamente de cualquier otra) algunas de las principales características del concepto “Estado de Derecho”.

⁶ Sobre este concepto crítico, la Comisión de Venecia destaca:

“The role of the judiciary is essential in a state based on the rule of law. It is the guarantor of justice, a fundamental value in a law-governed State. It is vital that the judiciary has power to determine which laws are applicable and valid in the case, to resolve issues of fact, and to apply the law to the facts, in accordance with an appropriate, that is to say, sufficiently transparent and predictable, interpretative methodology.

The judiciary must be independent and impartial. Independence means that the judiciary is free from external pressure, and is not controlled by the other branches of government, especially the executive branch. This requirement is an integral part of the fundamental democratic principle of the separation of powers. The judges should not be subject to political influence or manipulation. Impartial means that the judiciary is not - even in appearance - prejudiced as to the outcome of the case.

There has to be a fair and open hearing, and a reasonable period within which the case is heard and decided. Additionally, there must be a recognised, organised and independent legal profession, which is legally empowered, willing and de facto able to provide legal service. As justice should be affordable, legal aid should be provided where necessary.

Moreover, there must be an agency or organisation, a prosecutor, which is also to some degree autonomous from the executive, and which ensures that violations of the law, when not denounced by victims, can be brought before the courts.

los derechos humanos⁷ y la prohibición de discriminación garantizando la igualdad ante la Ley.

Art. 7 TUE: la cláusula de defensa del Estado de Derecho

6. Pues bien, a la luz de la caracterización que acaba de exponerse del concepto de “Estado de Derecho”, es público y notorio que la Comisión Europea (que bajo la vicepresidencia del Sr. Timmermans dedicó especial atención a estos asuntos) activó el mecanismo pre-sancionatorio descrito en su comunicación de 11 de marzo de 2014 frente a las Repúblicas de Hungría, Polonia y Rumanía. No sólo nunca se ha planteado la posibilidad de ensayarlo frente al Reino de España sino que, cuando el entorno del ex-Presidente Puigdemont trató de provocar la aplicación de dicho mecanismo a través de una iniciativa legislativa popular⁸, la Comisión la rechazó de plano por ser radicalmente impertinente en su forma, sin, en ningún momento, activar el mecanismo dialógico de su exclusiva competencia descrito en la comunicación de 11 de marzo de 2014.

Si a dicha circunstancia se le unen otras no menos significativas (como *(i)* la detección por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de problemas relativos a la independencia judicial en contextos que nada tienen que ver con el español –casos

Finally, judicial decisions must be effectively implemented, and there should be no possibility (save in very exceptional cases) to revise a final judicial decision (respect of *res judicata*).”

⁷ Concreta la Comisión de Viena los derechos humanos que aparecen más intensamente vinculados con el Estado de Derecho:

“The rights most obviously connected to the rule of law include: (1) the right of access to justice, (2) the right to a legally competent judge, (3) the right to be heard, (4) inadmissibility of double jeopardy (*ne bis in idem*) (Article 4 of Protocol 7 to ECHR), (5) the legal principle that measures which impose a burden should not have retroactive effects (6) the right to an effective remedy (Article 13 ECHR) for any arguable claim, (7) anyone accused of a crime is presumed innocent until proved guilty,⁴⁸ and (8) the right to a fair trial or, in Anglo-American parlance, the principle of natural justice or due process; there has to be a fair and open hearing, absence of bias, and a reasonable period within which the case is heard and decided. Additionally, there must be a recognised, organised and independent legal profession, which is legally empowered, willing and *de facto* able to provide legal service, and the decisions of which are implemented without undue delay.”

⁸ <https://www.elperiodico.com/es/politica/20190703/comision-europea-rechaza-iniciativa-ciudadana-puigdemont-sancion-espana-7534489>

C-64/16, C-216/18, y acumulados C-508/18, C-82/19 y C-509/18, relativos a las Repúblicas de Portugal, Polonia y Alemania respectivamente, por citar solamente algunos–; (ii) las cifras que arroja el Reino de España en los principales estándares de calidad de Estado de Derecho⁹; o (iii) el número de condenas sufridas por el Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰) y –a efectos meramente ilustrativos– se contrastan con los gravísimos déficits constitucionales que exhibía la Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República Catalana votada el 7 de septiembre de 2017 (déficits llamativos no sólo en su procedimiento de aprobación sino también en su contenido sustantivo, consagrando una suerte de Principio de Cooperación entre el poder ejecutivo y el judicial), solamente cabe una conclusión:

Por todo lo dicho, el Reino de España opera con plena sujeción al Principio de Estado de Derecho según se concibe el mismo bajo el Orden Legal de la Unión Europea y ello hace plenamente legítimo, en términos jurídicos, el marco constitucional interno en el que se ha desarrollado el proceso judicial concerniente a los líderes independentistas catalanes.

EL “DERECHO A DECIDIR” EN EL DERECHO INTERNACIONAL COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD¹¹

Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación

7. No puede pasar desapercibido que todo el proceso secesionista se ha fundamentado en la existencia de un “derecho a decidir”, convenciendo a la población

⁹ <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/ESP>

¹⁰

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwi64f2PxK_IAhVUe8AKHcE9BwAQFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FDOCUMENTOS%2520DE%2520INTERES%2FN%25C2%25BA%252056%2520Informe%2520Espa%25C3%25B1a%2520en%2520los%2520Tribunales%2520de%2520Justicia%2520Europeos.pdf&usg=AOvVaw1Y90qllGo7Cyw4SighLMCV

¹¹ Apartado elaborado por Helena Torroja Mateu, Universidad de Barcelona

de su amparo en el Derecho internacional. En esta misma línea, todos los procesados, con más o menos matices, alegaron desde el inicio del juicio el denominado “derecho a decidir” como uno de los derechos a los que hace referencia la causa de antijuridicidad amparada por el artículo 20.7 CP¹². Era una cuestión que debía resolver el TS y lo hace en el apartado 17.1, de las páginas 198 a 223, indagando en la existencia de fundamentos jurídicos internacionales, constitucionales o estatutarios, partiendo de una evidencia: el “derecho a decidir” es una expresión inexistente tanto en los textos jurídicos internacionales como en la CE de 1978 o el EAC. Se pasa a analizar aquí el análisis de su falta de fundamentación en el ámbito internacional¹³

La Sala parte de la argumentación de los procesados sobre este derecho: el silencio jurídico de esta expresión les ha llevado a tener que atribuir una naturaleza política a la misma fundando el derecho en un principio democrático: sería el derecho de cada comunidad a elegir su futuro. Para la Sala el “derecho a decidir” es un eufemismo para explicar una “concepción evolucionada” del derecho de autodeterminación contenido en el artículo 1 del PDCP, mediante un “esfuerzo adaptativo” (p. 200) y tras transformar la concepción monista de la soberanía en difusa y compartida.

La sentencia argumenta de forma excelente la inexistencia jurídica internacional de este derecho, en base a tres líneas de argumentación.

El derecho a la autodeterminación en los textos internacionales

8. El primer argumento se centra en la interpretación de los “textos internacionales”. La Sala avisa que no va a proceder a un estudio de la evolución histórica del derecho de libre determinación, ni a adentrarse en su contenido ni en la distinción entre las dimensiones interna y externa del derecho, ni a la cita exhaustiva de todos los textos.

¹² “Están exentos de responsabilidad criminal (...) “El que obre en (...) el ejercicio legítimo de un derecho (...).”

¹³ Ver apartado 4.

Resuelve la complejidad del tema -ciertamente lo es- a través de una obviedad que no por ello deja de ser una genialidad del Tribunal para responder a la “artificiosa asimilación”, al “esfuerzo adaptativo” de los procesados (p. 200): no cualquier interpretación es válida, es necesaria una “interpretación integradora” de los textos internacionales, lejos de una lectura basada únicamente en la “literalidad de su contenido” (p. 200). Muy loable esta afirmación¹⁴.

Este *criterio* le lleva a concluir razonablemente que el derecho de autodeterminación lleva aparejado siempre una cláusula de salvaguarda de la integridad territorial de los Estados ya constituidos, límite de la dimensión externa de este derecho (p. 204). No hay anclaje jurídico del “derecho a decidir” en el mismo; ni una visión forzada expansiva de la norma consuetudinaria ni acudiendo a los principios generales del derecho pueden llegar a admitir lo contrario (p. 200). La conclusión es del todo razonable; es conforme el derecho positivo internacional que han consensuado los Estados y conforme a la opinión destacada de la doctrina *iusinternacionalista*¹⁵.

Extrañará al conocedor del Derecho internacional público el camino por el que la Sala ha llegado a esta conclusión. Le bastaba seguir la senda de la Corte Internacional de Justicia cuando se ha referido a este Principio fundamental del Derecho internacional (norma imperativa (*ius cogens*), de naturaleza consuetudinaria, incorporada a nuestro sistema interno de forma automática (monismo), todo ello desapercibido por el Tribunal) y ceñirse a los textos esenciales básicos que se consideran conformadores del derecho de autodeterminación, como hizo el TS de Canadá, y no la larga lista de

¹⁴ Como apunté al respecto en otro lugar, la interpretación de estos textos se ha de hacer conforme al método jurídico propio del Derecho internacional. Entre otros elementos, la Sala ha destacado, con sus palabras, la necesidad de huir de un “error de interpretación literal aislada” (TORROJA MATEU, H. (2019): “Libre determinación de los pueblos *versus* secesión”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 237-388).

¹⁵ Como queda reflejado en la “Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña” (de 19 de septiembre de 2017) de la *Asociación Española de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, firmada por más de 400 profesores y que el TS ha citado en otro lugar de la Sentencia, en la p. 158.

resoluciones, muchas posteriores a 1970 y no vinculantes¹⁶. “Nadie es perfecto” ha dicho a este último respecto y con razón, la Dra. Araceli Mangas (*El Mundo*, Lunes, 21 de octubre de 2019). Pero ello, no minusvalora en nada el argumento de la interpretación integradora de los textos internacionales ni la conclusión acertada a la que llega el Tribunal Supremo.

La declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 1988

9. El segundo argumento se centra en la declaración del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998. Era obligado detenerse en esta declaración por haber sido citada recurrentemente por los procesados como si de una norma internacional vinculante para España se tratase. Hasta llegaron a pedirle en algunos casos que siguiese el modelo de su homólogo canadiense y propusiese una “solución al conflicto territorial”; a lo cual se opuso la Sala por quedar fuera de los límites constitucionales de su función jurisdiccional pues, entre otros argumentos, en nada se asemeja la petición de opinión consultiva del Gobierno canadiense al TS de Canadá, con la resolución judicial de la causa penal sobre el acto unilateral de secesión atribuido a los procesados (p. 207).

Dicho esto, la Sala aprovecha la oportunidad para fijar el verdadero sentido de la declaración canadiense, lejos de la interpretación, de nuevo artificiosa, que los procesados han presentado como si “legitimara la secesión unilateral de una parte del territorio de cualquier otro Estado” (p. 207). Debe el Tribunal dedicar casi dos hojas y media a incorporar citas extensas de la declaración canadiense (pp. 205-210). El Derecho constitucional canadiense, como todo constitucionalismo democrático,

¹⁶ Textos fundamentales son las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 1514 (XV) de 1960, Res. 2625 (XXV) de 1970 y el artículo 1 común de los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966. Además, no se entiende que no cite la cláusula de salvaguarda de la integridad territorial del párrafo séptimo de la Res. 2625 (XXV) de 1970, pero sí lo haga de resoluciones muy posteriores que no vienen sino a reiterar lo que en aquella los Estados consensuaron. Si bien, es muy encomiable que se apoye en la Recomendación General nº 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, de 1996, por su claridad sobre la inexistencia de un “derecho a la secesión”.

sostiene una concepción dinámica de la Constitución y reconoce el derecho de los participantes en la federación a tomar la iniciativa en modificaciones constitucionales. Así, de haber una mayoría clara de quebequeses a favor de no seguir formando parte de Canadá, no se le podría negar este derecho a iniciar negociaciones; se trata de un “derecho a intentar realizar la secesión” pero no de forma unilateral, sino con la participación de todos los cotitulares de soberanía (el Gobierno federal y las demás provincias y territorios de la federación de Canadá); y, lo que es relevante, esta negociación deberá tener siempre en cuenta que la “democracia no es la regla de la mayoría”, sino que además de los lazos materiales de interdependencia entre los componentes de la federación forjados desde hace 131 años, la democracia comprende unos valores comunes como el federalismo, la democracia, la constitucionalidad, la primacía del derecho y el respeto de las minorías. Debate cerrado: la declaración del TS de Canadá no establece en absoluto un derecho a la secesión unilateral en el Derecho canadiense.

Finalmente, la Sala del TS también recoge un párrafo de la declaración canadiense relativo al Derecho internacional: Quebec no tiene derecho a la libre determinación por no ser ni pueblo colonial, ni pueblo oprimido, ni pueblo discriminado en el acceso al gobierno por perseguir su desarrollo político, economía, cultural y social. Algo parecido se puede decir del pueblo de Cataluña¹⁷.

10. En cualquier caso, opino, el TS no está vinculado por las normas y jurisprudencia internas de otro Estado. El Derecho comparado puede inspirar, pero nunca obligar. No hay norma internacional alguna que obligue a España a dejar votar la separación de una comunidad autónoma u otra fracción de su territorio. Ninguna. La organización

¹⁷ Entre otros aspectos que no comparto de esta argumentación del TS de Canadá, tengo mis críticas a la tercera causa de titularidad del derecho a la libre determinación de los pueblos, pues es resultante de una interpretación literal aislada de la cláusula de salvaguarda de la integridad territorial del Estado contenida en el párrafo séptimo de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de 1970, causa que el propio Tribunal ha considerado de *lege ferenda* en otro punto de su declaración. He comentado en otro lugar el poco acierto de este párrafo del TS de Canadá (vid. TORROJA MATEU, H. (2019), *op. cit.*).

territorial es una competencia soberana discrecional de los Estados. Rige aquí el principio de igualdad soberana y el respeto a la integridad territorial y unidad nacional. Y en cualquier caso lo que dice la declaración canadiense no es tan diferente a lo que ya permite nuestra CE: nada impedía ni impide al Gobierno de la Generalitat llevar su plan de secesión al Congreso de los Diputados para debatir allí una futura reforma constitucional. A esto es a lo que invita el TS de Canadá. En nuestro caso, así lo hizo de forma honesta, inteligente y pacífica hace unos años el representante de otra Comunidad Autónoma, en muestra de una mayor lealtad a la sociedad española y a la norma fundamental que la que han tenido los procesados.

Otros procesos que se plantean como falsos precedentes

11. Por último, la tercera línea argumental de la Sala en la Sentencia que comentamos responde a las referencias comparadas invocadas por las defensas como precedentes legitimadores de procesos secesionistas, tales como el caso de Montenegro, el intento de separación de Escocia y el supuesto de Kosovo. A un *iusinternacionalista* no puede menos que salirle la sonrisa al pensar que los defensores han tratado de justificar la acción contra la Constitución Española de los procesados con ejemplos acaecidos en otros Estados. Podría el Tribunal haber acudido de nuevo a señalar el principio de igualdad soberana de los Estados y la inexistente obligación internacional de seguir estos ejemplos, pero amablemente acude a detallar las circunstancias de cada caso, para concluir que nada tienen que ver con la situación que se presenta.

La separación de Montenegro estaba prevista en la Constitución de 2003 del Estado de Serbia y Montenegro. Escocia fue el resultado de un proceso de negociación formal llevado a cabo entre las autoridades escocesas y el gobierno británico, para el que no existía ningún obstáculo constitucional, facilitado por la ausencia de constitución escrita en el Reino Unido. Kosovo es un caso singular, *sui generis*, con un marcado origen en un conflicto étnico y político, sin poder ser un precedente

exportable a otros supuestos, algo reiterado tanto por los Estados que lo han reconocido como por la propia Unión Europea¹⁸.

Muy acertada es la apreciación que hace la Sala sobre la conclusión de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre Kosovo, de 22 de julio de 2010. Que la Corte afirmara la conformidad al derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, no significa que discerniera que esa “declaración era fruto del derecho a crear un Estado separado”. Encomiable el razonamiento jurídico: de la ausencia de prohibición internacional de una declaración unilateral de independencia no puede deducirse que la CIJ afirme que existe un derecho de separación unilateral de un Estado. No podía haberlo dicho mejor el TS español.

12. En síntesis, no existe el derecho a decidir en el marco jurídico internacional. Ha sido el fruto de la imaginación de los procesados y a ella han atraído a los casi dos millones de catalanes que les votaron en la confianza de que los gobernantes están en la realidad de las cosas, en lo razonable, lo lógico, lo verdadero, esto es, en la adecuación entre el sujeto y el objeto exterior observado. La Sala demuestra muy acertadamente que no es así. En el apartado siguiente (17.1.5) demostrará la inexistencia del “derecho a decidir” en el ámbito del sistema jurídico interno español, lo que se estudia en otro apartado de este Informe.

CUESTIONES DE DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS¹⁹

La sombra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹⁸ Al final de esta argumentación, inexplicablemente se incluye una cita a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 68/153, de 18 de diciembre de 2013, que parece más un desliz pues Kosovo no estaba sometido a “dominación colonial, extranjera y externa”, sino bajo la administración provisional de una operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, la UNMIK (p. 219)

¹⁹ Apartado redactado por Santiago Ripol Carulla y Rafael Arenas García.

13. Las referencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) han sido una constante en las sesiones del juicio oral en la causa especial número 20907/2017.

En la primera sesión del juicio, por ejemplo, las defensas de los procesados tuvieron ocasión de hacer sus alegaciones iniciales, reservadas a las alegaciones sobre vulneraciones de derechos fundamentales. Pues bien, todas las defensas argumentaron que la actuación del Estado supuso una limitación, entre otros, de:

- sus derechos a la vida y a la libertad (por ejemplo: haber sufrido tratos degradantes, haber sufrido un uso abusivo de la prisión provisional, incumplimiento del derecho a la legalidad penal),
- sus derechos políticos (como el derecho de reunión o la libertad ideológica),
- sus derechos procesales: derecho a la prueba, en su vertiente de no admisión o denegación de determinadas pruebas; derecho a un tribunal imparcial, indefensión por no tener acceso a toda la documentación al estar la causa dividida en varios tribunales, a diferencia de la Fiscalía que sí ha dispuesto de esta visión de conjunto de la causa, etcétera.

En sus intervenciones las defensas se referían al catálogo de derechos fundamentales del Título I de la Constitución Española, pero sobre todo hablaban de la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Y adelantaron su propósito de plantear una demanda ante el TEDH. El Tribunal Supremo advierte esta voluntad de los procesados para llegar al Tribunal de Estrasburgo en las múltiples recusaciones de los integrantes del Tribunal enjuiciador planteadas por las defensas, que concibieron la recusación como un “tedioso y prescindible trámite para llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (FJ A.5.3).

Por su parte, el Ministerio Fiscal, cuando impugnó las alegaciones hechas por las defensas, también se refirió al CEDH y al Tribunal de Estrasburgo, del mismo modo que lo hicieron la Abogacía del Estado y la acusación popular.

14. En fin, la mención del TEDH y de su jurisprudencia estuvo presente incluso en las primeras intervenciones del presidente del Tribunal juzgador. Así, el día del inicio del juicio oral, el presidente Marchena, cuando indicaba a las partes el tiempo del que iban a disponer para realizar sus alegaciones, se remitió a la solución prevista en el Reglamento del TEDH, que adoptó como criterio de referencia. Dos días después, cuando respondía a la alegación de las defensas sobre la fragmentación del objeto del proceso, esto es, que se viera examinado por diversos tribunales, y sus consecuencias sobre el principio de igualdad de armas, el presidente Marchena respondió con un análisis de la Sentencia del TEDH *Chambaz c. Suiza*, de 5 de julio de 2012, a la que las defensas se habían referido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y España

15. En 1950 el Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio de Roma. La Parte I de este tratado contiene un listado de derechos que los Estados que ratifican el tratado se obligan a incorporar en su ordenamiento jurídico. La Parte II, entre otros extremos, crea el TEDH, un tribunal internacional al que los Estados parte en el Convenio le otorgan competencia para conocer de demandas planteadas por particulares residentes en sus territorios contra el propio Estado, por cuanto su Administración o sus tribunales y jueces han vulnerado uno de los derechos y libertades incluidos en la Parte I.

Aunque existan ciertas diferencias, los catálogos de derechos recogidos en el CEDH y las constituciones nacionales coinciden grosso modo; no en vano, todos los países miembros del Consejo de Europa son países democráticos, respetuosos de los derechos humanos y han ratificado el CEDH.

16. De este modo debe entenderse la función del TEDH: un órgano internacional de supervisión de cómo España cumple con las obligaciones del CEDH. O, desde otra perspectiva, como un tercer nivel de protección de los derechos fundamentales (tras el propio de la jurisdicción ordinaria y del recurso de amparo) que, al ratificar el CEDH, España aceptó como una garantía adicional que ofrecer a los particulares cuando, agotados los recursos ofrecidos por el derecho español, consideren que España ha violado uno de sus derechos.

17. Desde que España se adhirió al CEDH y aceptó la competencia del TEDH hasta la actualidad (31 de diciembre de 2018), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado 167 Sentencias en las que España ha sido parte demandada. 3 de estos asuntos concluyeron mediante la vía del arreglo amistoso prevista en el art. 39 CEDH; otras 4 sentencias se refieren a la cuestión de la satisfacción equitativa prevista en el art. 41 CEDH (antiguo art. 50). Por lo que respecta a las sentencias de fondo, debe indicarse que en 48 ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha dictado una sentencia constatando que no se ha producido la vulneración alegada por el demandante (lo que representa un 34% de las ocasiones); en otras 112 ocasiones, en cambio, el TEDH ha declarado que España vulneró uno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio (62%)²⁰.

España es uno de los países vinculados por el Convenio que, en función de su población, menos condenas ha recibido por parte del TEDH. Con esas 112 condenas se sitúa en términos absolutos en la posición 22 en cuanto a número de condenas; pero ningún país de más población que España tiene menos condenas que nuestro país. De hecho, si calculamos el número de condenas por millón de habitantes, España es, tras Alemania, el país que tiene un menor índice de condenas (2,39

²⁰ Incluyendo la Sentencia *Olaechea Calinas*, de 18 de agosto de 2006, que se refiere a la vulneración del artículo 34 CEDH (medidas cautelares), así como la STEDH *Drozd y Janousek*, de 26 de junio de 1992, formulada contra Francia y España cuando Andorra todavía no era parte en el CEDH. Los porcentajes indicados se han obtenido de la publicación ECHR, *Statistics on Judgements by States 1959-2018*, Strasbourg: Council of Europe, 2018, www.echr.coe.int.

condenas por millón de habitantes España frente a 2,35 condenas por millón de habitantes para Alemania). Las cifras de otros países europeos serían, por ejemplo, 4,7 condenas por millón de habitantes para el Reino Unido, 11,5 para Francia y 15,9 para Bélgica, por ejemplo. Puede decirse, por tanto, que España es uno de los países que menos reproches ha merecido por parte del TEDH.

Desde el punto de vista del contenido del derecho, el 66% de estas sentencias se refieren a los derechos a un proceso equitativo (50) y a un proceso sin dilaciones indebidas (16), recogidos en el art. 6 CEDH. El derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) supone el 10% de las sentencias relativas a España (16), en tanto que la prohibición de la tortura (art. 3), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5) y la libertad de expresión (art. 10) representan el 5%, cada uno²¹.

18. La jurisprudencia del TEDH ha tenido gran influencia en el Derecho español, bien porque el legislador ha adecuando determinadas leyes a la misma (así, a modo de ejemplo, las Sentencias TEDH dictadas en los asuntos *Iglesias Gil*, y *Ruiz Mateos* han sido causa material, respectivamente, de las reformas del Código Penal, y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), bien porque los jueces españoles han aplicado los criterios fijados por el TEDH para precisar ciertos conceptos como los de plazo razonable de la duración de la prisión provisional (asunto *Scott*), plazo razonable para la interposición de un recurso (*Stone Court Shipping*) grado de razonabilidad de la duración de un proceso (*Unión Alimentaria Sanders*), imparcialidad del juez (*Perote Pellón*), etcétera.

Es fácil concluir la importancia de la jurisprudencia del TEDH que no sólo “ha hecho del Convenio un instrumento dinámico y poderoso para enfrentar los nuevos desafíos y consolidar el Estado de Derecho y la democracia en Europa”, sino que también se ha convertido en un punto de referencia para los particulares, que ven en él una institución principal para la protección de sus derechos fundamentales.

²¹ ECHR, *Statistics on...* *Op.cit.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el *procés*

19. Como se ha indicado, las defensas de los procesados en la causa especial número 3/907/2017 ya han anunciado que, concluido el proceso y cumplimentados los requisitos procesales exigidos, interpondrán demandas ante el TEDH contra la Sentencia que dicte el Tribunal Supremo. Sostienen que algunos de sus derechos y libertades han sido violados por España y que los tribunales españoles no han reparado - y no lo van a hacer - esta violación, y argumentan que la instrucción y el enjuiciamiento llevado a cabo ha lesionado ciertos derechos procesales.

20. De hecho, algunos procesados ya han acudido al TEDH en busca de amparo en otros asuntos relacionados con el *procés*. Es el caso de la demanda que 76 miembros del Parlamento de Cataluña interpusieron contra España en el asunto *Carme Forcadell i Lluís y otros*.

La cuestión se refería al artículo 4 de la Ley 17/2019 del Parlamento de Cataluña, sobre el derecho de autodeterminación, que establece que se celebrará un referéndum de autodeterminación y que, si el resultado de este referéndum es mayoritario en favor de la independencia, el Parlamento procederá a realizar esta declaración.

La Ley, que había sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, no podía aplicarse pues el TC había decretado su suspensión. Esta circunstancia era conocida por el Parlamento y por todos y cada uno de sus parlamentarios. A pesar de ello, se celebró el referéndum y a la vista de los resultados, dos grupos parlamentarios (JpC y la CUP) solicitaron de la Mesa la convocatoria de un Pleno para que el presidente hiciera una valoración del referéndum y declarase la independencia. La Mesa aprobó esta convocatoria. Acto seguido, seis diputados del PSC interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), el cual, mediante Auto de 5 de octubre, admitió

el recurso y aprobó la suspensión de la sesión parlamentaria, inicialmente fijada para el día 9 de octubre.

Los 76 diputados del Parlamento catalán que interpusieron la demanda ante el TEDH sostienen que, puesto que el auto del TC impide celebrar la sesión parlamentaria, está vulnerando sus derechos de ejercer la representación política y está impidiendo la expresión de la voluntad de los electores que participaron en el referéndum del 1 de octubre.

21. Pero la decisión del TEDH, de 29 de mayo de 2019 (demanda 75147/17) niega que se haya producido la vulneración alegada porque al suspender provisionalmente la celebración del Pleno del Parlamento catalán, el TC adoptó una medida: 1) Prevista por la ley y cuya posible aplicación era conocida por los demandantes. 2) Que tenía por objeto preservar el orden constitucional (y los derechos de los parlamentarios de la minoría e, indirectamente, los derechos de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos) y 3) Que era proporcionada para conseguir estos objetivos, un extremo destacado por el TS (FFJJ B.17.3 y C) 2.1.2).

En consecuencia –concluye el TEDH–, "la suspensión del Pleno era necesaria en una sociedad democrática". La decisión del TEDH, además de calificar la decisión de la Mesa del Parlamento de Cataluña como "claro incumplimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional", afirma una y otra vez que las decisiones del Tribunal Constitucional deben preservarse. He aquí la idea clave de la decisión. Y es que solo de esta forma se asegura la protección del orden constitucional.

22. Si nos hemos referido *in extenso* es no sólo porque, al decir de las defensas, esta decisión es la primera de lo que se prevé será una larga lista de resoluciones sobre el *procés*, sino también porque es ilustrativa de la forma en que el TEDH analizará las demandas que se le planteen.

Ha habido otro asunto relacionado con el *procés* sobre el que el TEDH ha resuelto. En efecto, mediante decisión de 12 de junio de 2019, el TEDH ha inadmitido la demanda que Carme Forcadell interpuso ante el TEDH contra la prisión provisional que le había sido impuesta como medida cautelar. El motivo de la inadmisión fue que la demandante no había interpuesto recurso de amparo ante el TC, por lo que no había agotado los procedimientos internos previamente a acudir al TEDH.

Esta queja sobre la improcedencia de la prisión provisional ha sido planteada por los procesados ante los tribunales españoles. Entienden que la imposición de esa medida cautelar es contraria a la Constitución Española y al Convenio de Roma. En términos generales, argumentan que el mantenimiento de la prisión provisional “ocasiona irreparables perjuicios en sus derechos a la libertad y a la presunción de inocencia”, Adicionalmente, como muchos de los procesados son o han sido elegidos parlamentarios autonómicos, nacionales e incluso europeos, alegan que esta situación de prisión provisional lesiona su derecho fundamental a la participación de asuntos públicos (art. 23 CE), pues les impide tomar parte en la actividad parlamentaria.

El TS y, posteriormente, el TC han dado respuesta a estas quejas (entre otros, AATC 22/2018, de 7 de marzo, 38/2018, de 22 de marzo, 54/2018, de 22 de marzo, 82/2018, de 17 de julio, y 98/2018, de 18 de septiembre). En estas resoluciones el TC se detiene en el examen de la Sentencia del TEDH *Selahattin Demirtaş c. Turquía*, de 20 de noviembre de 2018, que los demandantes habían alegado como criterio de obligado seguimiento a atender por los altos tribunales españoles cuando decidan sobre “los derechos políticos de un cargo parlamentario que se encuentra en prisión provisional y en qué situaciones tales derechos (y los de sus votantes) son vulnerados por una prolongada privación cautelar de libertad”. Sin embargo, el TC razona que existen singulares diferencias entre la situación de los procesados y el caso *Demirtaş* (ATC 12/2019, de 26 de febrero, FJ 3).

Derechos fundamentales y doctrina del TEDH en la Sentencia del TS

23. En general, las alegaciones realizadas por las defensas en relación a la vulneración de los derechos fundamentales de sus representados, y que han sido contestadas de manera prolija en la Sentencia del Tribunal Supremo, no parecen encontrar fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, la alegación de que se había vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley, al conocer el Tribunal Supremo y no un órgano jurisdiccional con sede en Cataluña no parece que pueda prosperar en un recurso ante el TEDH. Tal como establece la guía del propio tribunal en la interpretación de su jurisprudencia²² el derecho al juez predeterminado por la ley implica que los tribunales han de haber sido establecidos por la ley y no por el ejecutivo (*vid.* núm. 49 de la mencionada guía). No cabe duda de que el Tribunal Supremo es un órgano establecido por la ley y predeterminado por ésta.

Más allá de ello, y según el propio TEDH, la infracción en su caso de las normas de competencia internas podrá ser examinada por el Tribunal de Estrasburgo cuando exista una violación flagrante de las disposiciones de Derecho interno en materia de competencia de los tribunales (núm. 50 de la guía). En el caso que nos ocupa se ha debatido sobre la competencia del Tribunal Supremo para conocer del caso, habiéndose argumentado por las defensas que el núcleo de los hechos juzgados había sido cometido en Cataluña, lo que excluiría, a juicio de las mismas, la competencia del Tribunal Supremo. Sin necesidad de cuestionar el argumento de las defensas, parece claro que habiéndose producido algunos de los hechos objeto de enjuiciamiento fuera de Cataluña no parece que la interpretación de la competencia del Tribunal Supremo pueda entenderse como una violación flagrante de las normas de competencia judicial del Derecho interno español. Lo mismo cabe decir acerca de la acumulación de todas las acciones ante el Tribunal Supremo como consecuencia de la existencia de algunos acusados aforados junto con otros que no lo son. La

²² https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf

competencia del Tribunal Supremo podría discutirse a partir de lo que prevé el Derecho interno español; pero sin que el debate que pudiera surgir sobre ello implicara en ningún caso una vulneración flagrante de las normas de competencia del Derecho español, normas cuya interpretación corresponde, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, a los tribunales españoles.

Lo mismo cabe decir sobre la falta de imparcialidad de los integrantes del Tribunal alegada por las defensas. La jurisprudencia del TEDH parte de que la imparcialidad de los magistrados se presume salvo prueba en contrario (*vid.* el apartado 68 de la mencionada guía sobre la jurisprudencia del Tribunal). Frente a esto, la jurisprudencia del TEDH ha ido determinando supuestos en los que dicha parcialidad ha de ser apreciada con las consecuencias que ello tiene para el derecho garantizado por el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos supuestos son aquellos en los que el juez ha mostrado algún tipo de hostilidad o habría conseguido la asignación del caso por razones personales (prueba subjetiva de la parcialidad). Junto a estos existen elementos objetivos que permitirían concluir esta parcialidad. Estos se conectan con la existencia de vinculación jerárquica o de otro tipo entre el juez y otros actores del procedimiento (*vid.* núm. 73 de la guía citada). También en el caso de que el juez haya tomado decisiones previas al proceso en relación al mismo caso. Ahora bien, estas decisiones han de ser de cierta entidad. Por ejemplo, el TEDH ha negado que exista parcialidad cuando decidió sobre el fondo un juez que había participado en la instrucción, pero tan solo mediante el interrogatorio de unos testigos (sentencia *Bulut c. Austria* de 22 de febrero de 1996). En el caso que nos ocupa las defensas alegaron que el magistrado instructor había conocido sobre el fondo habían admitido a trámite la querrela que dio origen al procedimiento; así como la coincidencia en una cena con un concejal del PP. También se alegó que el querellante, el Fiscal General del Estado, había sido Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo, con lo que había coincidido profesionalmente con varios de los magistrados integrantes de la Sala juzgadora. Se trata de circunstancias que, a la luz de la jurisprudencia del TEDH no parece que puedan conducir a que éste considere que se ha vulnerado el derecho

al juez imparcial. También se alegó, en relación a la imparcialidad del magistrado instructor, que en una de sus decisiones había incluido la expresión “la estrategia que sufrimos”, la utilización de la primera persona indicaría, según las defensas, que el instructor se hallaría concernido directamente por los hechos objeto de enjuiciamiento lo que afectaría a su parcialidad. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación de las defensas por entender que la expresión no tiene carácter significativo; pero el TEDH deberá determinar su alcance, teniendo en cuenta que dada la naturaleza de los hechos investigados todos los catalanes estaban directamente afectados por lo sucedido; lo que plantea un problema de cierto interés en lo que se refiere al juicio de imparcialidad en delitos que afectan a toda la población.

24. Como puede apreciarse, en su respuesta a las alegaciones realizadas por las defensas sobre violaciones de los derechos fundamentales de los procesados (que la Sala trata en un mismo capítulo para obtener un “enfoque sistemático más convencional”) el Tribunal Supremo, para delimitar el contenido y las posibles restricciones de los derechos fundamentales sobre los que se debate, se ha referido a la doctrina del propio Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH.

A estos efectos, la Sala señala que su doctrina sobre la legitimidad de la restricción al derecho a la doble instancia para los diputados y senadores aforados “está en línea” con la del TEDH (p. 99) y afirma también que su jurisprudencia sobre el derecho al juez imparcial “es acorde” con la del Tribunal de Estrasburgo (p. 117 y 254), del mismo modo que la doctrina sobre el derecho de representación política (p. 248) o sobre el principio de igualdad de armas (p. 186).

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo señala que sus argumentos y decisiones se ajustan a la jurisprudencia del TEDH. Es el caso del derecho a la libertad, que estudia a raíz de las alegaciones hechas por un procesado a raíz de su detención. O del principio de presunción de inocencia (p. 247).

No duda tampoco el TS en incorporar sentencias del Tribunal de Estrasburgo a sus razonamientos. Así, cuando se refiere a los límites a la inviolabilidad de los parlamentarios (p. 244), a la libertad de expresión (p. 244), al derecho de reunión (p. 245), a la situación de prisión provisional de los representantes políticos (p.p. 249-252), o al principio de contradicción (pp. 163-164), en el que se detiene cuando estudia la alegación de algunos acusados de que la imposibilidad de confrontar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica ha provocado la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (p. 162 y ss.).

CUESTIONES DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA²³

El factor europeo, siempre presente

25. El juicio que se ha sustanciado ante el Tribunal Supremo contra los principales dirigentes políticos que impulsaron el desafío secesionista es el más trascendente política y jurídicamente en torno al “pleito catalán”, pero ciertamente no el único desde la perspectiva interna o internacional.

En buena parte de los procesos judiciales internos el factor europeo ha aparecido. Curiosamente, a pesar del afán separatista de internacionalizar y europeizar su causa, la respuesta del Derecho de la UE a este movimiento insurreccional y a la respuesta por parte del Reino de España es fundamentalmente comprensiva y protectora de los intereses y acciones españoles.

A continuación, nos centramos en los argumentos de Derecho de la UE que han sido invocados o son invocables en torno al movimiento independentista catalán (por tanto, no solo relacionados con el proceso general seguido ante el TS contra los cabecillas políticos del movimiento)²⁴.

²³ Este apartado ha sido redactado por Javier Roldán Barbero.

²⁴ Otros argumentos de Derecho internacional, como los derivados del sistema jurídico de la ONU o del Consejo de Europa, quedan fundamentalmente fuera de estos apuntes. De todas formas, las consideraciones provenientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su Tribunal son inseparables del Derecho de la Unión, pues el Convenio de Roma forma parte como principio general del

26. En varios procesos judiciales internos vinculados al proceso han sido manejados argumentos de Derecho de la Unión Europea. Es muy relevante, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 2018. En ella, citando profusamente el derecho de la UE, se confirma la multa impuesta a la Asamblea Nacional Catalana por vulneración de la protección de datos por la encuesta realizada de cara a la consulta soberanista del 9 de noviembre de 2014.

Confianza de la UE en la justicia española

27. Conviene señalar que desde la UE se ha manifestado la confianza en los jueces y tribunales españoles para sustanciar y dirimir los cargos derivados del reto secesionista²⁵. De forma más notoria, la Comisión Europea ha rechazado en julio de 2019 tramitar la petición de Iniciativa Ciudadana Europea promovida por el círculo de afines al expresidente Puigdemont y dirigida eventualmente a activar el artículo 7 del Tratado de la UE contra España por quiebra de los principios democráticos. Este precepto, iniciado frente a Hungría y Polonia, aunque con difícil recorrido futuro, contempla en último término la imposición de sanciones a un Estado miembro, particularmente la suspensión de su derecho de voto en el Consejo de la Unión. La Presidenta electa de la Comisión, Ursula von der Leyen, ha sido más cauta -ignorante, quizá-, en sus primeras declaraciones sobre la causa catalana al decir que necesita conocer mejor este dossier para pronunciarse. A mi juicio, el envite (embate) secesionista no es puramente una cuestión interna española, pues socava también los principios jurídicos de la integración europea.

Los cargos políticos y jurídicos contra Polonia y Hungría derivan, principalmente, de los atropellos apuntados o ya ejecutados contra el sistema de separación de poderes, en particular contra la independencia del poder judicial. La jurisprudencia del Tribunal

Derecho de la UE y el estándar que proporciona este convenio sirve de referencia para la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.²⁴

²⁵ Información de la agencia Europa Press disponible en <http://bit.ly/31BXk0L>

de Justicia de la UE corrobora que el estado de la justicia de un país en este sentido forma parte de las competencias y preocupaciones de la integración europea (Vid. la Sentencia del TJUE de 24.06.2019, Comisión/Polonia, C-619/18).

Hay que indicar y recalcar que las negativas emanadas de tribunales belgas y alemanes a conceder la euroorden (Orden Europea de Detención y Entrega de la UE) en los términos solicitados por el Tribunal Supremo español no han estado basadas en sospechas o críticas sobre el estado de los derechos humanos en nuestro país. El TJUE ha admitido en otros casos, si bien de manera excepcional, que la vulneración de los derechos fundamentales en el país requirente de la euroorden puede facultar al país requerido a denegar la entrada de la persona encausada. Esto no se ha producido nunca en relación con España. El TS, en su Sentencia de octubre sobre los líderes del movimiento independentista, ha reprochado la actitud del tribunal alemán de Schleswig-Holstein.

El derecho a la autodeterminación y el DUE

28. El secesionismo en el interior de un Estado parece chocar con el espíritu general y seminal de la construcción europea, concebida como ariete frente al nacionalismo, a las identidades exclusivas y excluyentes y como vector en favor de la cohesión, de la conectividad y solidaridad entre las naciones, del pluralismo y la tolerancia.

El argumento jurídico básico que refuta la causa separatista catalana desde el prisma de la Unión Europea está contenido en el artículo 4.2 del Tratado de la UE, el cual ampara y protege la autonomía institucional, el marco constitucional de los Estados miembros. El tenor del artículo 4.2 es el siguiente: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular la

seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

22. Desde luego, el sedicente derecho de autodeterminación invocado desde el separatismo catalán no encuentra ninguna acogida en el Derecho de la Unión, que acoge entre sus fuentes al Derecho internacional (así queda explícito en la STS). No creo que la UE llegue a prohibir el secesionismo interno, pero sí que no lo autoriza, pues, como he indicado, se remite y hace suyo el ordenamiento constitucional de los Estados. Precisamente, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que son principios generales del Derecho comunitario europeo, no consagran en modo alguno el derecho de secesión, como los pronunciamientos de los tribunales constitucionales alemán e italiano avalan. La propia UE está asentada esencialmente en la democracia representativa.

Por lo que se refiere a la llamada “autodeterminación interna”, esto es, el derecho a la democracia de un pueblo en el marco de un Estado, la construcción europea tiene como pilares y valores básicos los principios democráticos para sí misma y para sus Estados miembros, según he dicho arriba. Ambos órdenes –el estatal y el europeo– se complementan y se fertilizan. El sistema europeo requiere los derechos fundamentales y el Estado de Derecho entre sus Estados como piedra angular del reconocimiento y la confianza mutuos. Desde la perspectiva constitucional española, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional ha acotado un núcleo duro, irrevisable, formado por los principios constitucionales esenciales. De este modo, el bloque constitucional de la UE y de España se protegen y se respetan mutuamente, Cualesquiera que sean las deficiencias de la democracia española, y ciertamente las tiene, no hay motivo para extender de ella, como se ha hecho desde el secesionismo catalán para legitimar su causa y exculpar a sus promotores, una sombra de denigración, de difamación.

En un trabajo reciente he afirmado lo siguiente: “Si se materializara, con la debilidad o la complicidad del Gobierno de la nación, la conculcación frontal de nuestro Estado democrático de Derecho, la Unión Europea, tal como ha hecho con Polonia aunque en circunstancias distintas –por un nacionalismo de Estado, digamos-, habría de actuar contra el Reino de España (...). La integración a través del Derecho no puede consentir la desintegración de uno de sus Estados sin y en contra del Derecho. La reforma abrupta, fáctica de la Constitución española, si consentida, supondría una violación frontal del derecho de la Unión, pues ni en uno ni en otro orden constitucional –el español y el europeo- se tolera reformar a las bravas las normas jurídicas, y menos las primarias y fundamentales”²⁶

Causas abiertas ante el Tribunal de Justicia

29. La cuestión relativa a la condición de diputados electos del Parlamento Europeos, y el alcance eventual de su inmunidad, ha suscitado la primera actuación del Tribunal de Justicia de la UE directamente vinculada al “procés”. Se trata del Auto del Presidente del Tribunal General de la UE de 1 de julio de 2019 en el asunto Puigdemont y Comín contra el Parlamento Europeo (T-388/19 R). En esta resolución se desestima la demanda de medidas provisionales de los dos electos al Parlamento Europeo huidos de la justicia española, para que el Parlamento, enmendando a las autoridades españolas, que exigen el acatamiento presencial de la Constitución europea, acogiera ya como diputados a los demandantes. Por otra parte, el TS ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre el alcance de la inmunidad ante el Parlamento Europeo del también electo Oriol Junqueras, actualmente en prisión y condenado ya por la STS. Este caso ha tenido su vista oral el pasado 14 de octubre. Es notable que ningún Estado miembro de la UE se ha personado en la causa para presentar sus alegatos. El TS, en cambio, ha rechazado la cuestión prejudicial en referencia a Puigdemont por no estar personado en la causa.

²⁶ J. ROLDÁN BARBERO: “El desafío soberanista en Cataluña y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63, mayo-agosto (2019), pp. 387-404, en p. 401-402.

30. La STS sobre el procés ha hecho que el TS reactive la euroorden contra Puigdemont (solo sobre él) ante la justicia belga, ahora sobre la base de los cargos de sedición y malversación. La eventual reforma de esta Orden Europea de Detención se planteará a buen seguro en la nueva legislatura inaugurada por el nuevo Parlamento Europeo y la nueva Comisión. De momento, la última jurisprudencia del TJUE se reafirma en que el juez requerido “debe confiar, en principio, en las garantías” que le ofrece el juez requirente (Asunto C-128/18), en un supuesto de posible trato inhumano o degradante por las condiciones de encarcelamiento en el país que emite la euroorden (Rumanía). La cuestión prejudicial formulada por la justicia belga en el caso del rapero balear Valtoryc ofrecerá también algunos elementos de valoración para el “pleito catalán”. Está fuera de duda, pues, que el factor del Derecho de la UE, junto con el derivado del Convenio y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serán elementos cruciales para la resolución jurídica, y también política, del contencioso catalán. En ambos planos mi opinión jurídica es que el Derecho europeo, en general, se seguirá alineando con los argumentos del Reino de España en defensa de su ordenamiento constitucional e integridad territorial. La construcción europea no puede cimentarse en la degradación del Estado de Derecho por fuerzas separatistas, movimiento que azuza además el movimiento nacionalista español de signo contrario, también irrespetuoso con los fundamentos democráticos.