

Sala Segunda
Tribunal Supremo

CAUSA ESPECIAL núm.: 21019/2019

EJECUTORIA: 2/2021

SECRETARÍA: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro
López-Villalta

A LA EXCMA. SALA

Dña. Isabel Afonso Rodríguez, Procuradora de los Tribunales y de D. Alberto Rodríguez Rodríguez, según tengo acreditado en autos, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, por medio del presente escrito, y a los efectos de lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme establece el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en los artículos 225 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en relación con su artículo 135.5, **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES** contra la sentencia dictada por esta **Excma. Sala, de fecha 6 de octubre de 2021 y que nos ha sido notificada el 7 de octubre de 2021**, por la cual se ha condenado a D. Alberto Rodríguez Rodríguez como *"autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad ya definido, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas,*

a la pena de 1 mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena". Y se ha dispuesto que "La pena de prisión se sustituye por la pena de multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros".

Baso mi pretensión en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 241.1 "No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario."

Así mismo, esta misma Sala ha establecido los requisitos para acudir al presente cauce, recogidos,

entre otras resoluciones, en el ATS Sala 2ª de 15 enero 2015:

"El art. 241 de la LOPJ, en su redacción dada por la LO 6/2007, 24 de mayo, establece el contenido y los límites del incidente de nulidad promovido. Su alcance ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas ocasiones, de las que es fiel exponente el ATS 1 de marzo de 2012, recaído en el recurso núm. 11442/2011. En él se razona que: "Es difícil no estar de acuerdo con la filosofía del nuevo incidente de nulidad de actuaciones: al permitir que la propia jurisdicción ordinaria pueda subsanar cualquier violación de los derechos fundamentales del art. 53-2 de la Constitución, se evita, en su caso, el acceso a la jurisdicción constitucional cuando la ordinaria, como primer garante de tales derechos fundamentales, puede evitar y subsanar cualquier denuncia al respecto. Al mismo tiempo, ha de delimitarse el ámbito de este nuevo recurso de nulidad que exige tres requisitos, uno de fondo, otro de naturaleza temporal y un tercero de natural procesal.

1) Como requisito de fondo debe tratarse de nulidades referidas a la vulneración de derechos del art. 53-2º de la Constitución.

2) Como requisito temporal que no hayan podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y

3) Como requisito procesal que dicha resolución no sea susceptible de recurso ni ordinario ni extraordinario. Es obvio que la finalidad de la reforma quedaría desbordada si se intentase convertir este recurso en un nuevo medio para reconsiderar decisiones ya adoptadas en la decisión que se tacha de vulneradora de los

derechos fundamentales (ATS de 11-01- 12, entre otros)".

En el presente caso y a los efectos de la posterior demanda de amparo que podría interponerse, es evidente que éste resulta ser el cauce procesal adecuado previo a dicho recurso, por cuanto que se cumplen las exigencias anteriores: **se invoca la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la libertad de reunión y de manifestación, a la representación política, al principio de legalidad y del principio de proporcionalidad como principio rector que debe informar el derecho penal.**

Dichas vulneraciones de derechos fundamentales invocadas no se han podido denunciar antes, pues se han producido en esta instancia que, como bien sabe esta Excma. Sala actúa como primera y única instancia, no cabiendo en este caso **ni recurso ordinario ni extraordinario en contra de la sentencia aquí impugnada.**

SEGUNDA.- Sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Traemos a colación lo declarado por los dos magistrados que dictaron Voto particular,

discrepando del parecer de la mayoría de sus compañeros.

Así, en dicho Voto particular se establece la necesidad de que cuando se esté en presencia de un **testimonio único, una única prueba**, el juicio de inferencia ha de estar motivado y fundado, no basarse en un acto de fe o percepción subjetiva de la credibilidad o no de dicho testigo.

Entre otras afirmaciones, se expresa que:

*“La palabra de un solo testigo, **sin ninguna otra prueba adicional**, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe”.*

En el presente caso, la prueba única, único testimonio, no tiene virtualidad, por sí sola, para desvirtuar la presunción de inocencia, habiendo negado categóricamente los hechos el acusado.

En efecto, la declaración del agente 92.025 no solo fue parca, sino que incurrió en evidentes contradicciones: no persistió en la incriminación, por cuanto que ni siquiera el parte de asistencia facultativa le avala. En realidad, como se establece

en el voto particular, ni siquiera ha sido capaz de describir cómo se produjo "la patada" y solo esta, pues, como decimos, en el parte de lesiones se incluyeron otras lesiones en una mano.

Por otra parte, ni más ni menos que **el Jefe del dispositivo policial** desplegado el día de autos - agente 74.987-, quien no se alejó en ningún momento del lugar, mientras se produjeron los hechos, **ha declarado clara y nítidamente que no vio a mi mandante en el lugar de los hechos.** Para no verlo hay que tener las facultades cognitivas mermadas, pues la altura -casi 2 metros- y otras características físicas muy específicas de mi mandante, por fuerza, debieron hacerlo visible.

Como dato de corroboración de la declaración del agente 92.025, la mayoría de los magistrados ha entendido que les ayuda para condenar a mi mandante el hecho de que dicho agente hubiera acudido a una primera -y única- asistencia médica. Es decir, y solo para la mayoría de la Sala, **la veracidad de la declaración del denunciante vendría corroborada por la propia actividad del denunciante.** Detalle este que **los dos magistrados discrepantes de la mayoría han percibido como dato que no corrobora absolutamente nada.**

Frente a todo esto, la declaración de mi defendido se muestra en todo momento persistente en el tiempo y sin lagunas y claramente colaborador en todo aquello que se le pregunta:

- acudió al lugar donde un grupo de personas había tirado el vallado después de producirse este hecho y los que después sucedieron,
- llegó cuando había finalizado este incidente y no se enfrentó a la fuerza policial ni agredió a nadie,
- acudió un rato después a la Comisaría a fin de congregarse con un grupo de personas para apoyar a los manifestantes que habían sido detenidos y su actitud se mantuvo pacífica en todo momento,
- no fue detenido en el lugar en el que se produjeron los incidentes por los que algunos manifestantes fueron detenidos ni tampoco se produjo su detención cuando acudió a la puerta de la Comisaría, y
- fue informado semanas más tarde de que había sido identificado como la persona que agredió a un agente de policía.

Por tanto, parafraseando lo dicho por los dos magistrados que han emitido Voto particular:

"Dicha prueba de cargo, singularmente magra, resulta, a nuestro parecer, en atención a las consideraciones ya expresadas, del todo insuficiente para enervar, sobre

su exclusiva base y por las razones expuestas, la presunción de inocencia del acusado."

Añadimos que la doctrina del testimonio único se debe aplicar en el caso que corresponda, cuando no haya otros testimonios -y haya posibilidad de corroborar objetivamente este testimonio-, **pero es que en el caso de autos se ha construido artificialmente un caso de "testimonio único", por cuanto había una multitud de personas, numerosas imágenes grabadas y de entre las personas que allí había, sin duda, estaban todos los componentes del dispositivo policial.**

Ante todas estas circunstancias concurrentes, extraña en gran medida que se haya aplicado la doctrina del testimonio único, por cuanto **no nos hallamos ante hechos cometidos aprovechando la soledad de la víctima, o en un recinto cerrado o abierto, pero sin público... sino ante una manifestación en la que, según el atestado, se encontraban unas 700 personas y un nutrido equipo de agentes policiales,** ya preparados días atrás, ante la inminencia de la manifestación anunciada.

Por tanto, no ha habido prueba mínima y suficiente para enervar la presunción de inocencia y eso es así por la exclusiva voluntad de la acusación que pudo traer a todo un elenco de testigos y no lo hizo.

Se añade que el juicio de inferencia a partir del testimonio único del agente 92.025 es irracional y no responde a las reglas de la lógica ni a las máximas de la experiencia.

No sólo mi mandante no figura en actitud agresiva en ninguno de los videos incorporados por la fuerza actuante ni por la defensa en el acto del juicio oral, no sólo el jefe del dispositivo policial no apreció su presencia, no sólo eso. Además, es absurdo y contraviene toda lógica de actuación policial el hecho de que D. Alberto Rodríguez no fue detenido por agredir al agente -como sí lo fueron otros manifestantes- sino que, según se desprende de la práctica de la prueba, acudió a la Comisaría instantes después de estas detenciones.

En la puerta de la Comisaría había un dispositivo policial y, además, se encontraba el agente 92.025, **quien reconoció a D. Alberto Rodríguez y, pese a ello, no se le detuvo.** Además, es absurdo que una vez que quien ha agredido a un agente se presente instantes después en la puerta de Comisaría, exponiéndose así a una detención.

Contraviene la lógica de la actuación policial, conculca cualquier sistema de conducta de una persona de quien se dice agredió a un policía y, pese a ello, **esta Excma. Sala ha dado por buena la**

versión del único agente -había cientos de personas y un gran dispositivo policial desplegado-, sin ni siquiera cuestionar este tipo de actuación.

Siguiendo en el análisis de la falta de un adecuado juicio de inferencia, nada se dice respecto a que la imputación de D. Alberto Rodríguez se produce semanas más tarde, por mor de una identificación -que no detención in situ-, siendo el único de todos los imputados -más tarde acusados y enjuiciados- que no fue detenido en el lugar, pese a haber, según establecen los hechos probados de la sentencia, propinado una patada a un agente policial, como nos quieren hacer creer.

Esta versión es objetivamente disparatada, sin embargo, trasladada al juicio de inferencia realizada por esta Excm. Sala, ha provocado una grave vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por su falta de lógica y por apartarse de las máximas de la experiencia.

La mayoría de esta Excm. Sala olvidó que *“la **presunción de inocencia** y los derechos de la defensa en los procesos penales son una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal”¹.*

¹Ver a este respecto CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 11 de marzo de 2021, en el Asunto C-66/20, apartado 4.

Y es más, existe en el presente caso una clara vulneración de lo previsto en la Directiva 343/2016 en materia de presunción de inocencia, específicamente de lo previsto en su artículo 3 que establece: «*Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley*» ya que, en el presente caso, y como se verá en el siguiente motivo, la presunción de inocencia fue vulnerada, con carácter previo al establecimiento de la culpabilidad producto de la pérdida de imparcialidad de la mayoría de la Sala.

Así lo entiende, igualmente, el Abogado General de la Unión Europea:

92. *La **presunción de inocencia** protegida por la Directiva 2016/343 rige, con arreglo a su artículo 2, «en todas las fases de un proceso penal [...] hasta que **adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión**».*²

Este concreto motivo debe leerse, como decimos, a la luz de lo desarrollado en la siguiente alegación.

²Ver a este respecto las conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 10 de julio de 2019, en el Asunto C-467/18, apartado 92.

TERCERA.- Sobre la vulneración del derecho al juez imparcial.

Nos vamos a referir aquí al **reproche que la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala han incluido en la sentencia, en relación con las alegaciones de mi mandante en el ejercicio del derecho a la autodefensa y la especial intensidad y sesgo que se aprecian contra D. Alberto Rodríguez,** que han determinado la falta de imparcialidad a la mayoría del Tribunal.

Así, en el Fundamento de Derecho Tercero, tras valorar la prueba practicada en el plenario, el último párrafo contiene el siguiente reproche:

"En el uso del derecho a la última palabra, el acusado insistió en su inocencia, y, entre otras cosas, señaló que de producirse la condena acudiría al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Derechos Humanos de
CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Estrasburgo. Se trata de una alegación que resulta inapropiada en una sede judicial. Es de toda evidencia que las resoluciones judiciales pueden ser cuestionadas a través de los mecanismos previstos en las leyes. De modo que la advertencia de que se acudiría a los mismos no puede perturbar en modo alguno el ejercicio de las responsabilidades que competen a esta Sala o a cualquier otro órgano jurisdiccional. Por el contrario, la existencia de esos mecanismos constituye una garantía de los derechos que, en el ámbito del proceso penal,

corresponde asegurar a los órganos jurisdiccionales de este orden y, muy principalmente, a esta Sala del Tribunal Supremo, de conformidad con las funciones, propias de un Estado de Derecho, que le atribuyen la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico."

Así, al hilo de la falta de solvencia y credibilidad que le merece a este Excmo. Tribunal las alegaciones de mi defendido en su declaración como acusado, se reprocha por "*inapropiadas*" que anuncie su intención de acudir a más altas instancias jurisdiccionales si recibe una condena.

La Sala lo percibe como "*una advertencia*" que buscaría "*perturbar*" al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, la Sala no ha reparado en el significado correcto de las palabras de mi mandante: D. Alberto Rodríguez explica cuál es la imagen que podría desplegar nuestro país, ante los "*reveses*" padecidos por sentencias procedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que, realmente, está pidiendo a este Excmo. Tribunal que no propicie otro "*revés*" en el que, tal vez, la imagen de la Justicia de nuestro país se vea nuevamente deteriorada.

Como puede observarse, no se desprende una advertencia sino **un alegato libre de injerencias, medido y reflexionado, por parte de quien, por haber**

ocupado un escaño en las Cortes, ha podido tener una clara percepción de la preocupación que no pocas personas e instituciones tienen por la imagen de la Administración de Justicia española fuera de nuestro país.

En todo caso, este juicio de "*alegación inapropiada*" es suficiente para invocar la falta de imparcialidad. No corresponde a ningún órgano de enjuiciamiento reprender con ocasión del dictado de una sentencia -además, condenatoria- por lo alegado en el derecho de autodefensa si no ha incurrido en falta del debido respeto al Tribunal. De haberse faltado al respeto, el Presidente tenía que haber intervenido en ese momento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 739 LECr pero no lo hizo porque no se trataba de una falta de respeto sino el ejercicio del derecho de defensa en su más importante acepción.

Así, el derecho a la última palabra, como expresión del derecho a la autodefensa viene regulado en el artículo 739 LECrim y viene interpretándose como un momento crucial del juicio oral, en el que el acusado tiene la oportunidad de valorar prueba, complementar a su defensa técnica, rectificar lo

anteriormente declarado por él, por los testigos y otros coacusados. No es una mera formalidad³.

El artículo 739 LECr indica unos límites en el desarrollo del derecho a la última palabra, entre los cuales se prohíben las palabras ofensivas, hay que guardar el debido respeto al Tribunal y se veda aquello que no sea pertinente o sea reiterativo. El juzgador podrá interrumpirle y advertirle y, si persiste su actitud, podrá retirarle el uso de la palabra.

Vemos que esta Excma. Sala no hizo uso de las facultades de corrección establecidas en el artículo 739 LECr., por lo que las palabras de D. Alberto Rodríguez en el uso del derecho a la última palabra, no solo fueron correctas sino pertinentes, diríamos que también útiles y necesarias.

Por otra parte, esta misma Sala tiene dicho que hay que mostrar en todo momento cierta "indulgencia" o

³ STC 13/2006, de 16 de enero : "en el proceso penal (art. 739 LECrim) se ofrece al acusado el 'derecho a la última palabra ' no como una mera formalidad, sino -en palabras del Fiscal que la Sala asume- 'por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera'. (...) El derecho a la última palabra constituye así una nueva garantía del derecho de defensa, al tratarse de la posibilidad procesal de autodefensa del acusado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13 (EDJ 2000/3822)), y debe diferenciarse del derecho a ser oído mediante la posibilidad de interrogación o confesión cuya realización se habrá ya realizado al inicio del juicio.

"*laxitud*"⁴ en relación a la tolerancia para aguantar algunas manifestaciones que el acusado pueda proferir en el ejercicio del derecho a la última palabra, dada la intensa carga de simbolismo y el cualificado significado defensivo que ostenta el derecho a la última palabra.

De ahí que en la STS 134/2021, de 15 de febrero se recomiende a los jueces y tribunales Tribunal guardar las formas⁵ que, como vemos, en este caso se perdieron al momento de dictar la sentencia, seguramente también en las deliberaciones previas de las cuales la sentencia no es más que su reflejo escrito.

Se observa, sin embargo, que el reproche realizado por la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala en la sentencia contra mi mandante supone un exceso, dado que el Excmo. Presidente no realizó ninguna

⁴ STS 134/2021, de 15 de febrero "El art 739 LECrim (EDL 1882/1) permite desde luego retirar la palabra cuando se incurre en ofensas o incorrecciones o se cae en lo impertinente. Tampoco es tesis extravagante proyectar sobre ese singular trámite las previsiones del art. 186.2 LEC (art 4 LEC). Pero el concepto de pertinencia en ese singular y cargado de simbolismo trámite ha de ser más laxo que el manejado en otros lugares; sin que tampoco pueda tacharse de divagación innecesaria toda explicación o protesta de inocencia que se perciba como improductiva en términos de incidencia en la decisión".

⁵ STS 134/2021, de 15 de febrero recomienda "mostrar cierta indulgencia con posibles excesos o incluso verborrea que se sabe infecunda, en quien es parte material en un proceso; y una parte que comparece para defenderse frente a una petición de prisión. El nerviosismo, la falta de concreción o incluso la sobreactuación merecen cierta tolerancia y algunas dosis de comprensiva paciencia de la que en ocasiones pueden no andar muy sobrados quienes desenvuelven sus tareas jurisdiccionales en condiciones de presión por deficiencias estructurales bien conocidas. Pero, también **las formas dignifican el enjuiciamiento**".

actuación tendente a advertir en el acto a mi mandante de que sus alegaciones habían sido "*inapropiadas*", aunque sí se ha permitido esta Excma. Sala reprenderle por escrito.

Y esta forma de reproche, precisamente, se inserta a continuación del párrafo que da respuesta a la alegación realizada por mi mandante sobre la criminalización del derecho de protesta.

El reproche por unas "*alegaciones inapropiadas*" en el ejercicio del derecho a la última palabra, insertas en este párrafo que corona la valoración de la prueba y desestima la alegación sobre la criminalización de la protesta social, viene a significar que estas alegaciones "*inapropiadas*", malinterpretadas como "*advertencia*", **sin duda fueron tomadas muy en cuenta a la hora de valorar la prueba y de dar respuesta a legítimas reclamaciones sobre derechos fundamentales.**

Si no fuera así, ¿por qué, entonces, esta Excma. Sala insertó el mencionado reproche? ¿Solo para regañarle extemporáneamente? Es evidente el prejuicio de la mayoría de los miembros de esta Sala en contra de mi mandante, desde, al menos, el momento en que profirió estas palabras, lo que vulneraría el derecho fundamental al juez imparcial.

A estos efectos, lo verdaderamente relevante no es si en el momento de proferir estas alegaciones "inapropiadas" el Tribunal se pronunció en contra de las mismas, **sino que, no siendo necesario para la valoración de la prueba, el Tribunal incluyó su propio y profundo malestar ante las manifestaciones de mi mandante en el ejercicio del derecho a la última palabra.**

No se trata si lo hizo antes, durante o después - con el dictado de la sentencia-, sino de que ha quedado irremediablemente consignado por escrito y objetivado el intenso disgusto hacia la persona del acusado, lo que la mayoría de los miembros de la Sala sintió y no pudo evitar exteriorizar mediante el dictado de la sentencia.

Así, no se trata de llevarse a confusión sobre lo que realmente se está aquí reclamando, pues no se invoca la vulneración del derecho de defensa -o de autodefensa-, pues D. Alberto Rodríguez expresó sus ideas, alegaciones y valoraciones de prueba, así como complementó oportunamente lo invocado por su defensa técnica, conforme establece el artículo 739 LECr, en relación con el artículo 24 CE.

Lo que aquí se reclama es la nulidad de la sentencia dictada por la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala, así como la repetición del juicio oral

para ser enjuiciado por magistrados distintos a quienes formaron Sala de enjuiciamiento, dada la evidente y objetivada falta de imparcialidad, **por el malestar que provocaron las palabras de mi mandante -"alegaciones impropias"-** y el hecho de incluir este sentimiento de desagrado, contrariedad disgusto o fastidio contra la persona de mi mandante, de forma absolutamente innecesaria para la valoración de la prueba.

Porque, ¿qué necesidad había de incorporar este sentimiento objetivamente experimentado por la mayoría de los miembros de la Excma. Sala de enjuiciamiento?

La valoración de la prueba no debe incluir prejuicios contra el acusado: ni su indumentaria, ni su pelo, ni su activismo, ni el partido político en que milita ni su profesión como obrero industrial ni sus propias ideas acerca de la Administración de Justicia española y la imagen negativa que viene desplegando en ámbitos internacionales de todos conocidos.

Lo que diga o no diga en el ejercicio del derecho a la última palabra habría de apreciarse en cuanto a las alegaciones que complementen a las efectuadas por su defensa técnica y su propio juicio sobre las pruebas practicadas. Criticar y menospreciar lo que

sentidamente expresa quien se sienta en el banquillo de los acusados, **si no es útil para el juicio de inferencia sobre la prueba practicada o para resolver lo que proceda sobre derechos fundamentales invocados**, supone un ejercicio ilegítimo, que no sirve para otra cosa que para estigmatizar negativamente al acusado, a quien, además, se le condena, y, también, muestra la falta de imparcialidad del *a quo*, como venimos diciendo.

A este respecto, resultan particularmente relevantes los artículos 10, 11, 12, 20, 21, 47, 48 y 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de ahora en adelante la Carta) en relación con lo previsto en el artículo 51 de la misma Carta.

Pero es más, la indebida actuación de esta Excma. Sala al reprochar en sentencia a mi mandante sus manifestaciones vertidas en el uso de su derecho a la última palabra, entra en colisión directa con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto, ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 5 de noviembre de 2019, que la exigencia de independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya observancia, en virtud del artículo 19.1 TUE,

párrafo segundo, deben garantizar los Estados miembros con respecto a los órganos jurisdiccionales nacionales que son competentes para resolver cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión, comprende también un aspecto de orden interno: la imparcialidad, entendida como **«la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica»**. (La negrita es nuestra)

En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce que *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley»*.

Nos preguntamos qué equidistancia hubo a la hora de dictar la sentencia que venimos a impugnar aquí de nulidad: una vez que la mayoría de los miembros del Tribunal se sintieron disgustados por las palabras de mi mandante, a la par que "perturbados" -pero sin ánimo suficiente para intervenir conforme establece

el artículo 739 LECr- ¿estaban en condiciones de dictar sentencia desde la posición de árbitro neutral e imparcial?

Así mismo, y con igual acción recriminatora, se habría vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que la falta de imparcialidad de la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala ha imposibilitado un juicio justo y equitativo para D. Alberto Rodríguez Rodríguez.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia de 6 de noviembre de 2018, en el **asunto Otegi Mondragón y otros c. España**, ha señalado:

"55. Centrándose en el criterio objetivo se debe analizar si, con independencia del comportamiento del juez, existen hechos acreditados que pudieran generar dudas sobre su imparcialidad. Esto supone que a la hora de decidir sobre si en un caso concreto hay una razón justificada para temer que un juez en concreto o una Sala carecen de imparcialidad, el punto de vista de la persona afectada es importante pero no decisivo. Lo que es decisivo es determinar si dicho temor puede considerarse objetivamente justificado (véase Micallef, anteriormente citado, § 96).

56. El criterio objetivo en gran medida lleva a analizar los vínculos jerárquicos o de otra naturaleza que existen entre el juez y los otros protagonistas de un procedimiento (ibid. § 97). Por lo tanto, se debe

analizar en cada caso concreto si dicho vínculo es de tal naturaleza e intensidad como para implicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (véase Pullar, anteriormente citado, § 38).

57. En este sentido, incluso las apariencias pueden alcanzar una cierta importancia o, en otras palabras, "la justicia no sólo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra" (véase De Cubber, anteriormente citado, § 26). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer de su falta de imparcialidad debe abstenerse (véase Castillo Algar v. España, de 28 de octubre de 1998, § 45, Informes 1998-VIII; and Micallef, anteriormente citado, § 98) - La negrita es nuestra-."

Por tanto, no se trata de indagar en la psique de los magistrados cuya imparcialidad aquí se cuestiona, sino de analizar si objetivamente han guardado apariencia de imparcialidad, la respuesta es negativa.

Objetivamente, encontramos que el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia dictada por la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala, supone un aserto extraño al Derecho, que no aporta absolutamente nada al ejercicio de ponderación y valoración de la prueba practicada así como al estudio sobre la invocación del derecho

fundamental de reunión y de manifestación. **Es, simplemente, un prejuicio contra la misma persona del acusado, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su autodefensa.**

Debe tenerse presente lo que ya hemos dicho ut supra: el fundamento jurídico en cuestión refleja el ánimo con el cual se produjo la deliberación entre los Magistrados y la sentencia no es más que la expresión escrita, o la constatación, de ese ánimo que estaba alejado de la necesaria imparcialidad que se necesita para enjuiciar este y cualquier otro asunto.

Por tanto, el temor fundado de que D. Alberto Rodríguez no tuvo un juicio justo porque la mayoría de los magistrados que lo enjuició estaban contaminados de falta de imparcialidad, se halla objetivado en la propia sentencia -Fundamento de Derecho 3º, último párrafo-.

Este incidente de nulidad, por tanto, supone una posibilidad de enmendar los errores producidos, anulando esta sentencia y ordenando repetir el juicio con otra composición de Sala diferente a la ha dictado la sentencia que venimos a impugnar aquí.

CUARTA.- Sobre la vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25 de la

Constitución Española, en relación al artículo 2.1 del Código Penal.

El Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia que venimos a impugnar de nulidad, reza como sigue:

"Por imperativo del artículo 71.2 del Código Penal, la pena de prisión inferior a tres meses debe ser sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. La Sala considera pertinente la sustitución de la pena de prisión por una pena de multa, que será de 90 días, de conformidad con el artículo citado, con cuota diaria de 6 euros, que era la interesada expresamente por el Ministerio Fiscal respecto del delito leve de lesiones.

La sustitución no afecta a la pena accesoria de la pena de prisión. El artículo 71.1 del Código Penal prevé la reducción de todas las penas, sin excluir las accesorias, de manera que los jueces o tribunales, en la determinación de la pena inferior en grado, no quedan limitados por las cuantías mínimas establecidas en la ley a cada clase de pena.

Por otro lado, el artículo 71.2 solo ordena la sustitución de la pena de prisión. Y las penas accesorias son una consecuencia de la imposición de la privativa de libertad, y no de su ejecución."

Dos criterios se derivan de lo anterior, respecto a la determinación de la pena señalada por este Tribunal. Ambos, claramente erróneos y contrarios

al principio de taxatividad de las penas establecidas legalmente:

1-La pena de multa que sustituye a la pena de prisión en virtud de la aplicación del artículo 71.2 del Código Penal **no es una nueva pena**, sino una ejecución de la pena de prisión de un mes y 15 días.

2-La pena accesoria sigue siéndolo de la pena que fue sustituida -1 mes y 15 días de prisión- y **permanece invariada**, dado que la pena sustituida se está ejecutando en forma de multa.

Como consecuencia de lo anterior, tenemos que:

1-Al trasladarse al Congreso de los Diputados esta condena de 1 mes y 15 días "*en ejecución*", a efectos de aplicación de la sentencia, la Presidenta del Congreso ha acordado la privación del escaño y ha conferido traslado, a su vez, a la Junta Electoral Central, para que, en aplicación del artículo 6.2 de la LOREG, se sustituya el escaño de mi mandante.

2-La pena accesoria de suspensión del derecho a sufragio pasivo habría comenzado a ejecutarse desde que se declaró la firmeza de la sentencia, durante el periodo de 1 mes y 15 días, pues dura lo que dure la pena de prisión.

Como conclusión, tenemos que mi mandante, por hechos sucedidos hace casi 8 años y en virtud del único testimonio de un agente policial -a claras luces insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia- ha visto afectado **doblemente** su derecho fundamental a la representación política:

- 1-Privación del cargo, como efecto secundario a una pena de prisión sustituida, ya ejecutada.
- 2-Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, pena accesoria que ya comenzó a ejecutarse.

Con independencia de lo que se dirá en el apartado correspondiente a la vulneración del principio de proporcionalidad, lo que se evidencia aquí es un apartamiento del tenor literal de la ley, del criterio del legislador y, por tanto, una aplicación del Código Penal absolutamente ajena a lo dispuesto legalmente, que ha traído como consecuencia una **doble pena: la privación de su escaño y la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.** Se añade que esta doble pena no solo la padece mi mandante, sino que también la sufre su electorado, por cuanto representa a 64.000 electores de su circunscripción.

El intenso efecto dañino a partir de esta errónea aplicación de la determinación de la pena por parte del Tribunal, por tanto, **se remonta a considerar que la pena de 1 mes y 15 días de prisión se está "ejecutando" en forma de multa.** De esta premisa absolutamente errónea, surge todo lo demás en cascada.

Analicemos separadamente ambos efectos penológicos que no debieran haberse producido, a la luz de lo que establece el Código Penal.

a) Sobre la sustitución de una pena inferior a 3 meses de prisión.

El Código Penal no prevé ninguna pena inferior a 3 meses de prisión, por lo que una pena de un mes y 15 días de prisión es una no-pena, una pena inexistente, una pena prohibida.

En numerosas ocasiones, cuando los jueces y Tribunales aplican circunstancias atenuantes o tipos atenuados, el cómputo resultante da lugar a una pena no prevista en la ley, como es la consistente en una pena inferior a 3 meses de prisión.

Así ha ocurrido en el presente caso, pues la pena de atentado a la autoridad oscila entre los 6 meses y 3 años de prisión, a la que aplicando la atenuante

muy cualificada de dilaciones indebidas, se le ha aplicado una rebaja de dos grados. Así, el resultado no es otro que una pena no prevista en el conjunto de sanciones penales de nuestro ordenamiento jurídico porque la pena de 1 mes y 15 días de prisión, sencillamente, es una pena prohibida por el legislador.

El poder legislativo ya ha previsto este tipo de situaciones, remediando este cómputo inferior a la mínima pena de prisión establecida legalmente -pena prohibida-, mediante un elemento corrector que incluyó en el artículo 71.2 del Código Penal. Así, cuando el resultado de la rebaja de la pena prevista legalmente resulte ser inferior a los 3 meses de prisión, obligatoriamente habrá de adoptarse otra pena que sustituirá a la pena prohibida, que consistirá en localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad o multa. Aquí, como vemos, sí hay margen para que discrecionalmente los jueces y tribunales opten por la medida que consideren más adecuada, pero siempre partiendo de la obligación de sustituir de inmediato y en el mismo fallo de la sentencia la pena prohibida por cualquiera de las tres penas contempladas en el artículo 71.2 del Código Penal.

Se trata, por tanto, de una norma de carácter preceptivo, que obliga a jueces y Tribunales, a fin

de que el condenado reciba una pena permitida por ley. De no existir esta cláusula correctora imperativa y categórica, los órganos de enjuiciamiento, al aplicar las correspondientes atenuantes o subtipos atenuados, debieran premiar con un fallo sin contenido material o bien, podría darse que ningún tribunal quisiera aplicar atenuantes, a fin de no premiar al condenado con una inexistente y prohibida pena a la que no se podría -o debería- dar ejecución.

Por tanto, por más que en el fallo de la sentencia se imponga una pena de prisión de 1 mes y 15 días de prisión -que no podría cumplirse-, **siempre debe constar en el mismo fallo su sustitución por cualquiera de las 3 penas incluidas en el artículo 71.2 CP, que pasa a ser, entonces, la nueva pena que sí debe cumplir el condenado.** En el caso concreto de D. Alberto Rodríguez, esta Sala ha decidido imponer una multa, como pena alternativa a esta no-pena o pena prohibida - 1 mes y medio de prisión-.

Así, encontramos en primer lugar un obstáculo de peso para que una pena prohibida se halle "en ejecución", como se dice erróneamente en la sentencia, **dado que no ha nacido, es prohibida e inexistente y por ese motivo ha habido que sustituir ope legis por otra pena de las contempladas en el artículo 71.2 CP.** La pena de prisión de 1 mes y 15

días de prisión, simplemente, no puede ejecutarse porque no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En otro orden de cosas, parece ser que esta Excma. Sala cuando introduce el término "*pena en ejecución*" está aludiendo al régimen general que rige para la sustitución y la suspensión de la pena.

Nuevamente, nos encontramos con un obstáculo insalvable para esa pretensión: el artículo 71.2 CP se encuentra regulado en el Capítulo II -Título III-, denominado "De la aplicación de las penas". Es decir, en el Capítulo propio del nacimiento de las penas -no de su ejecución-, en el conjunto de reglas que los jueces deben aplicar para dictar las condenas, **no su ejecución**.

Sin embargo, el régimen general de los procesos de sustitución de la pena se halla en el Capítulo III -Título III- del Código Penal, con la denominación "De las formas sustitutivas de **la ejecución** de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional". En este Capítulo, las sustituciones de penas son tratadas como "ejecución" de la pena, pero el caso de mi mandante no encuentra su regulación aquí.

Afirmar que la sustitución prevista en el artículo 71.2 CP se rige por el régimen general de

sustitución de penas del Capítulo III -Título III- es tanto como afirmar que los límites máximos de las penas previstos en el artículo 70 CP son formas sustitutivas de la pena "en ejecución". Sería del todo incorrecto, dado que este precepto indica imperativamente al juzgador hasta dónde no debe llegar en la determinación de la pena, mediante unas reglas muy claras y taxativas sobre límites máximos **en la imposición de la pena, no en su ejecución.**

Es indudable que ni el artículo 70 ni el artículo 71.2, ambos del Código Penal, se hallan sujetos al régimen general de sustitución de penas del Capítulo III - Título III- porque se trata de reglas de determinación de la pena, **que deben ser aplicados por el juzgador en el momento de imponer la pena, no en la fase de su ejecución.**

Sin duda, el legislador optó por incluir la sustitución o la creación de una pena alternativa prevista en el artículo 71.2 CP en el Capítulo propio de la determinación de la pena, **dado que el remedio a una pena prohibida -inferior a 3 meses de prisión- debía operar como nueva pena desde el mismo momento de dictarse el fallo, so pena de incurrir en una grave vulneración del principio de legalidad, en relación con el principio "no hay pena sin ley previa" -art. 2.1 CP en relación con el artículo 25 y 9.3 CE-.**

En el presente caso, mantener vigente una pena prohibida por el ordenamiento jurídico, no prevista en el Código Penal, bajo la premisa de que se halla en "ejecución", es tanto como **vulnerar el principio de legalidad penal**, mediante la creación *ex novo* de una pena, gravemente lesiva para mi mandante, lo que, además, tendría una clara lectura a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

b) Sobre la pena accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo

Recordemos lo dicho en el Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia que se impugna de nulidad: se declara que la pena accesoria no queda afectada por la sustitución de la pena de prisión - queda fuera de la aplicación del artículo 71.2 CP- porque:

"El artículo 71.1 del Código Penal prevé la reducción de todas las penas, sin excluir las accesorias, de manera que los jueces o tribunales, en la determinación de la pena inferior en grado, no quedan limitados por las cuantías mínimas establecidas en la ley a cada clase de pena.

Por otro lado, el artículo 71.2 solo ordena la sustitución de la pena de prisión. Y las penas accesorias son una consecuencia de la imposición de la privativa de libertad, y no de su ejecución".

Entendemos que el primer párrafo se refiere a la discrecionalidad de la Sala de enjuiciamiento, consistente en aplicar los efectos beneficiosos de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, solo a la pena principal, **no a la pena accesoria**. Lo cual incide en la vulneración al principio de proporcionalidad, dado que no se motiva por qué mi mandante ha de soportar una pena accesoria tan gravosa como la inhabilitación especial para sufragio pasivo, transcurridos casi 8 años de sucedidos los hechos, sin beneficiarse de esta atenuación que sí aplica a la pena principal.

El segundo párrafo es el que afecta a la vulneración del principio de legalidad que venimos invocando en este apartado porque, en primer lugar, **no está prevista esta pena accesoria para la pena de multa, como sí lo está para la pena de prisión, según establece el artículo 56 del Código Penal**.

Por otra parte, el artículo 550 del Código Penal establece para el delito de atentado la pena de prisión -de 6 meses a 3 años-, sin ninguna pena accesoria específica. Por lo que, de nuevo, nos remitimos al artículo 56 CP, que establece las penas accesorias que deben aplicarse -"alguna o algunas"- cuando la pena de prisión sea inferior a 10 años.

Por lo tanto, la pena accesoria impuesta en sentencia, una vez que se impone la pena de multa por imposición del artículo 71.2 CP, **no está prevista ni específicamente para el delito concreto ni en términos generales para la pena de multa.**

En segundo lugar, aun entendiendo que sí se debe imponer esta pena accesoria, habría que añadir que, por su propia naturaleza⁶, dado que dura lo que dure la pena principal, se agotó -no nació- en el momento en que se procedió al abono de la mencionada multa.

Sin embargo, pese a haber abonado el pago de la multa así como la indemnización en concepto de responsabilidad civil, esta Excma. Sala no ha decretado la extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena, al amparo del artículo 130.1.2° CP.

Por lo tanto, a la vista de que no solo no se han producido los efectos propios previstos en el artículo 130.1.2° CP sino que la pena accesoria pende de la duración de la pena de prisión, que se halla "en ejecución", según el tenor del Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia que aquí se impugna, entendemos que así mismo, vulnera el principio de legalidad, por haberse aplicado una

⁶ Art. 56.1.2° CP: "Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena."

pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, **no prevista legalmente para la pena de multa ni para el delito de atentado a la autoridad.**

Como conclusión, se extrae que la vulneración del principio de legalidad penal ha provocado una situación imprevisible y de inseguridad jurídica.

Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de marzo de 2006 establece que el principio de taxatividad de los tipos y sanciones penales comporta una garantía penal del órgano judicial, quien tendrá vedada una interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*.⁷

Sobre la imprevisibilidad de la aplicación de la ley, creando inseguridad jurídica, el TEDH ha centrado su doctrina en esta indeseable

⁷ "Según repetida jurisprudencia constitucional la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, es una función que, conforme a lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3 y 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8, entre otras muchas). Ahora bien, el principio de legalidad comporta una garantía material de certeza o taxatividad que se concreta en la exigencia de que tanto las conductas punibles como sus correspondientes sanciones estén predeterminadas (*lex certa*), y esta exigencia implica tanto al legislador como a los órganos judiciales, que al interpretar y aplicar las leyes"están también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal [...] y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* [...], es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan"

consecuencia, cuando se abandona el principio de legalidad penal, dado que, a su vez, haría inevitable que entrara en juego la arbitrariedad de los poderes públicos y, con ello, la crisis del sistema democrático. Así, esta crisis da lugar a una práctica autoritaria más propia de sistemas ajenos al ámbito del principio democrático.

Así, la sentencia TEDH en el asunto Del Río de Prada contra España expresa que tanto este Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vulneraron el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -No hay pena sin ley previa- y crearon un espacio de imprevisibilidad de la ley penal.⁸

QUINTA.- Vulneración del principio de proporcionalidad, en relación con lo previsto en el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Dada la pena impuesta de 1 mes y 15 días de prisión, sustituida "en ejecución" por una multa de 90 días y su accesoria de inhabilitación especial para el

⁸ "(c) Previsibilidad de la ley penal

91. La noción de "Derecho" ("law") utilizada en el artículo 7 corresponde a la de "Derecho" que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (Kokkinakis, antes citado, §§ 40-41, Cantoni, antes citado, § 29, Coëme y otros, antes citado, § 145, y E.K. contra Turquía, no 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

derecho de sufragio pasivo, vemos que no encuentra encaje con el principio de proporcionalidad.

Así, como el Fundamento de Derecho Octavo establece que la pena de 1 mes y 15 días de prisión se encuentra "en ejecución" siendo sustituida por multa de 90 días, la consecuencia de este error de interpretación -que ya hemos desarrollado *uf supra*- consiste en mantener vigente una pena accesoria que se torna muy gravosa, dada la condición de diputado del Congreso al momento de ser enjuiciado.

Es decir, hacer depender la pena accesoria de una pena principal prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, no solo atentaría al principio de legalidad sino que, además, estamos ante una consecuencia punitiva en la que la pena accesoria es más lesiva que la principal, en términos objetivos.

No solo estamos ante una inhabilitación para presentarse en una lista de una candidatura concreta, en caso de elecciones, sino que, además, y de forma absolutamente irregular la propia Presidenta del Congreso ha dispuesto su privación de escaño y por la Junta Electoral Central se ha procedido a su sustitución basándose, supuestamente, en una aclaración que esta Ilma. Sala le habría remitido.

Se adjunta resolución de la Presidenta del Congreso, como **DOCUMENTO N° 1** y acuerdo de la Junta Electoral Central, como **DOCUMENTO N° 2**.

Unos hechos acaecidos casi 8 años atrás, cuando D. Alberto Rodríguez Rodríguez aún no era diputado, de haber sido enjuiciados en un periodo de tiempo razonable, **sin duda el resultado, en el improbable caso de una sentencia condenatoria, no habría sido tan lesivo como el que se ha resuelto en la sentencia dictada por esta Excma. Sala.**

Estamos ante un fallo condenatorio que formalmente es consecuencia de una rebaja considerable, al haberse estimado que concurre la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pero materialmente resulta agravada, precisamente por el transcurso del tiempo. Por eso se torna la pena accesoria desproporcionada, dado que **no se ha visto afectada por la aplicación de esta atenuante de dilaciones indebidas, retraso única y exclusivamente imputable al órgano judicial.**

Sin duda alguna, este resultado no es querido por el legislador: que un diputado pierda su escaño por el perjuicio imputable al órgano judicial de haber retrasado la tramitación de una causa más allá de lo razonable.

Formalmente, la pena es leve, se trate de una multa de 90 días o de una pena de 1 mes y 15 días prisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal; sin embargo, insistimos, se torna desproporcionada y materialmente injusta, en relación a la vigencia de la pena accesoria, por cuanto 64.000 electores de su circunscripción se han visto privados de su representante político.

El principio de proporcionalidad, como principio rector del derecho punitivo, viene incluido en nuestro Ordenamiento Jurídico, con relación a los artículos 1.1 y 9.3 de la Constitución Española⁹ y vinculado directamente con lo previsto en el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es el valor Justicia el que prevalece y se despliega en dos vertientes: la intención del legislador y la aplicación de los tipos penales por parte del órgano jurisdiccional¹⁰.

⁹ STS 288/2008, de 14 de mayo, «hoy en día el proceso penal, más que un remedio de control social, debe ser considerado como un esquema racional de justificación de la pena, al ser una manifestación -la más importante- del "ius puniendi" del Estado». Y en la STS 441/2011, de 9 de mayo, se dijo igualmente que el valor «justicia» es un valor constitucional que ha de presidir la interpretación y aplicación de los tipos penales, por lo que no puede sostenerse que por el sistema de revisión de penas, una sentencia varíe de tal forma la individualización penológica que termine contradiciéndose consigo misma.

¹⁰ Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, S 22-07-2011, nº 884/2011, rec. 10439/2011: Ciertamente el principio de proporcionalidad no está

La pena, por tanto, se torna injusta, por desproporcionada, dado que:

1- El legislador no quiso que se hallara vigente una pena inferior a 3 meses de prisión, sino que por mor de lo dispuesto en el artículo 71.2 CP, fuera inmediatamente sustituida **sin que se pudiera dar comienzo a su ejecución.**

2- El legislador no quiso que se hallara vigente una pena accesoria a otra pena principal prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

3- El legislador no quiso que, una vez pagada una multa, permaneciera vigente una pena accesoria claramente más gravosa y dañina que el pago de la multa.

4- El legislador no quiso que un diputado perdiera su escaño por unos hechos sucedidos hace más de 7 años -casi 8- y se viera castigado, así, por lo sucedido antes de serlo y se vieran castigados, así, los 64.000 electores a quienes representa.

recogido en la Constitución, sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena. Recordamos la [STS 827/2010](#) que establecía que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal.

5- En definitiva, el legislador no quiso que, proyectándose el principio de proporcionalidad tanto a la culpabilidad como al daño causado, se viera desbordada la pena ante un daño mínimo -como sucede en el presente caso-, con un resultado como el de la pérdida del escaño.

La desproporción entre el tratamiento sancionador de unos hechos u otros atendiendo a la persona respecto de la que se predica la responsabilidad salta a la vista.

Como recordaba el Tribunal Constitucional en su STC 136/1999, la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información ha sido declarada no sólo por el propio Tribunal Constitucional, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, sentencia de 13 de julio de 1995, asunto *Tolstoy Miloslavsky*).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su STC 136/1999, enfatizó lo siguiente, en relación con el juicio de proporcionalidad al que nos venimos refiriendo:

"La exigencia de proporción de la reacción penal en relación con los derechos de información, expresión y participación política ha sido reconocida por este

Tribunal en varias SSTC desde la 62/1982 hasta la 190/1996, pasando, por ejemplo, por la ya citada 85/1992 en la que, al otorgar el amparo contra una sanción penal excesiva impuesta por unas declaraciones insultantes y, por ende, no protegidas por el art. 20.1 C.E., establecimos que "el criterio de la proporcionalidad, reconocido en Sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/19889 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos".

Pues bien, en este sentido, la desproporción de la medida ha sido sobradamente justificada, en cuanto a la afectación que conlleva respecto de los derechos a la libertad de expresión y manifestación, así como a la participación política.

Y, en resumen y en cualquier caso, aquello que el Legislador no quiso hacer, pudiéndolo hacer, no

puede ser alterado por esta ni ninguna otra sentencia judicial. Se llama separación de poderes.

SEXTA.- Vulneración del derecho de reunión y manifestación.

a) Alegación con ocasión del uso del derecho a la última palabra.

En relación a la vulneración de este derecho fundamental, el Fundamento de Derecho Tercero reza como sigue:

"También viene a sostener el acusado que lo que se pretende con la acusación formalizada en esta causa es cuestionar el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación. Esta Sala no puede compartir esa consideración. Numerosas personas hicieron uso de ese derecho en aquella ocasión y solo se practicó la detención de aquellos a quienes se imputaban actos violentos. La violencia no es inherente al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. La acusación sostenida en esta causa nada tiene que ver con el ejercicio de esos derechos fundamentales, sino con el empleo de violencia, en el curso de su ejercicio, contra los agentes de la autoridad que se encuentran en el cumplimiento de sus funciones. Por otro lado, la defensa del acusado se orientó a negar su presencia en el lugar de los incidentes, y no planteó la concurrencia de posibles excesos policiales ni la existencia de ninguna eventual colisión entre el ejercicio del derecho de

reunión y manifestación y la imputación de hechos violentos al acusado."

D. Alberto Rodríguez ocupó casi todo el tiempo que le llevó ejercer el derecho a la última palabra en invocar el derecho de reunión y de manifestación, reconocido, como hemos dicho, en los artículos 11 y 12 de la Carta.

Expresó igualmente que estos derechos constituyen un pilar de todo estado democrático y que su imputación y su posterior juicio -por hechos que se remontan a casi 8 años atrás- obedece a una identificación policial de su persona, por ser muy conocido gracias a su activismo en la localidad.

Además, criticó abiertamente la tesis de la acusación en relación al ejercicio de este derecho fundamental, dado que con el único testimonio de un agente policial, en contradicción con el contenido de los videos y con la declaración del jefe del operativo, no se le podría condenar, pero en todo caso, sí se estaba produciendo una criminalización del derecho de protesta.

Las circunstancias extrañas de su identificación tardía -ya cesados los incidentes y detenidos otros manifestantes- abre la reflexión a la forma de actuación policial, quien ya tenía identificado a D. Alberto Rodríguez de otras manifestaciones.

Habló D. Alberto Rodríguez del efecto desaliento que produce un juicio de estas características: habló del miedo de la ciudadanía ante una represión de esta entidad y con tan endeble prueba o ausencia de la misma. De tal modo que dicho miedo impedirá a la gente salir a manifestarse.

También dijo que el deber de los poderes públicos no solo consiste en no reprimir gratuitamente el legítimo ejercicio del derecho de manifestación sino en favorecerlo lo máximo posible, exigencia ésta propia de un sistema democrático, dirigida a las autoridades.

Todo esto dijo mi mandante en el ejercicio del derecho a la última palabra. Estas alegaciones de autodefensa requieren estudio, detenimiento y respuesta motivada. No pensamos que la respuesta recibida sea la mejor en cuanto a motivación ni la más adecuada, en cuanto a su tono¹¹.

Por lo tanto, en primer lugar, aunque la defensa letrada no invocó el derecho fundamental de reunión y manifestación, **sí lo hizo el acusado, en el ejercicio de su derecho a la autodefensa.** Así, esta

¹¹ “En el uso del derecho a la última palabra, el acusado insistió en su inocencia, y, entre otras cosas, señaló que de producirse la condena acudiría al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Se trata de una alegación que resulta inapropiada en una sede judicial.”

alegación merece respuesta y que ésta sea mínimamente motivada.

Lo que a efectos de esta alegación interesa aquí es la respuesta infundada e inmotivada ante la criminalización de la protesta alegada, acompañada de un juicio de valor excesivo -por innecesario- hacia el alegato en el uso del derecho a la última palabra -ya alegado como vulneración del derecho al juez imparcial-, lo que, además, le confiere un rasgo -y un sesgo- irracional a dicha motivación y ajeno a cualquier consideración jurídica.

a) Enfoque constitucional del derecho fundamental alegado: derecho de reunión y de manifestación.

D. Alberto Rodríguez Rodríguez es un activista que defiende los derechos sindicales y otros, como la educación pública, el derecho a la vivienda, la sanidad pública... Él siempre ha estado allí y está donde hay que reclamar los derechos de la ciudadanía; cierto es que hace 6 años que decidió dar el salto a la política y obtuvo su escaño en el Congreso, con el fin de contribuir a mejorar la vida de la gente representando al pueblo de Canarias ante las Cortes Generales.

Su solidaridad, compañerismo y conciencia social le han llevado siempre, mediante mecanismos pacíficos y democráticos, a reclamar la efectividad de los

derechos socioeconómicos básicos y a denunciar los excesos de los poderosos, sean elites, sean representantes políticos u otros poderes fácticos.

Todo esto, incluso, ha quedado probado durante la celebración del juicio oral, pues D. Alberto Rodríguez ya era conocido por la fuerza policial, como persona muy activa en diversas manifestaciones y concentraciones.

Desconoce esta parte los motivos por los cuales un activista debe ser conocido de las fuerzas policiales pero intuimos que se debe al escaso respeto que se tiene por tan fundamental derecho como es el de manifestación.

Tras todos estos años luchando al lado de la ciudadanía, defendiendo estos derechos básicos que paulatinamente han perdido terreno frente a las políticas neoliberales que han arrasado los servicios públicos esenciales -vivienda pública, educación, sanidad...-, ha sido condenado en virtud de un único testimonio de un policía nacional, que con grandes imprecisiones y no pocas contradicciones ha predicado de mi mandante gran violencia e, incluso, agresividad contra él.

Las imágenes que se han visionado en el acto del plenario demuestran claramente que D. Alberto

Rodríguez no solo no acometió a nadie sino que, incluso, se puede observar cómo con el gesto de levantar las manos -gestualidad adoptada en el mundo occidental como actuación pacifista que no busca agresividad- intenta que la fuerza actuante no arremeta contra los manifestantes.

Es evidente que el fallo condenatorio no se ha basado en prueba mínima y suficiente, también que la pena es desproporcionada, dado un exceso no permitido legalmente en la aplicación de la pena y una interpretación extensiva de las penas absolutamente vulneradora del principio de legalidad y, como ya dijo en el plenario nuestro mandante: genera un efecto desaliento incompatible con la extensión de los derechos reconocidos en los ya citados artículos 11 y 12 de la Carta.

La actuación policial, claramente injustificada a la luz del derecho invocado, en conjunción con un juicio de inferencia irracional por parte del Tribunal sobre el único testimonio de un agente policial, que fue muy pobre en detalles y claramente insuficiente en la descripción de los hechos, supone una gravísima vulneración del derecho de reunión y manifestación. Así, la mayoría de los miembros de esta Excma. Sala ha amparado esta actuación policial consistente en perseguir a un activista muy significado en su localidad, **de forma irracional e**

insuficientemente motivado, con claro irrespeto al legítimo ejercicio del derecho invocado.

El principio de "*indemnidad*" garantiza que la utilización de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción¹². De ahí que consolidada jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional exija una previa ponderación sobre el ejercicio del derecho fundamental, en el ámbito propio de la limitación de su contenido, no directamente desde el análisis de la conducta enjuiciada¹³.

La especial concepción como elemento esencial del sistema democrático que tiene el derecho fundamental de manifestación -íntimamente ligado al derecho fundamental de libertad de expresión- "***obliga a los poderes públicos a tener en cuenta su contenido constitucional para impedir reacciones que disuadan o desalienten su ejercicio***"¹⁴.

A fin de no provocar, además, un indeseado "*efecto silenciador*", muchos colectivos y grupos sociales solo cuentan con su voz, la expresión pública de sus ideas y reclamaciones. Por parte de los poderes públicos, este debate público basado en la crítica de quienes detentan el poder debe ser especialmente

¹² STC 11/1981 de 25 de abril de 1981

¹³ STC 124/2005 de 23 de mayo de 2005

¹⁴ STC 185/2003 de 27 de octubre de 2003

protegido, so pena de socavar las bases del sistema democrático¹⁵.

Por tanto, insistimos, el procedimiento empleado para identificar a D. Alberto Rodríguez y situarlo en el lugar de los hechos tardíamente, persona sobradamente identificada y señalada por haber participado en anteriores concentraciones y movilizaciones de carácter social, suscita, cuando menos, muchas cautelas en orden a responsabilizarlo de unos hechos violentos con efectos invisibles, pues la supuesta patada que recibió el agente 92.025 ni siquiera fue objetivada por el facultativo que le examinó el día de autos.

Digna de mención es la curiosa y extravagante actuación policial en relación a las detenciones efectuadas: **el único no detenido fue D. Alberto Rodríguez, pese a haber acometido supuestamente a un agente de policía mediante una patada.** No se ha proporcionado ninguna explicación plausible, lo que en términos de cautela habría que haber interpretado como una gran duda respecto a su posible participación en los hechos por los que vino acusado mi mandante.

Pese a todas las imágenes recogidas y visualizadas en el acto del plenario, se nos dice que nada aportan

¹⁵ STC 66/1995 de 8 de mayo de 1995

porque no conforman un relato ordenado en el tiempo..., dado que bien pudiera haberse realizado el acometimiento, sin que éste fuera recogido por una cámara. Tal vez, en este juicio de inferencia, olvida la Excma. Sala que 4 de los 5 videos que recogen esas imágenes fueron incorporados por la fuerza actuante. Este juicio de inferencia supone un verdadero acto de fe de la declaración efectuada por el agente 92.025 y una presunción de culpabilidad, dado que se parte de la subjetividad o íntima convicción del Tribunal en la veracidad del único testigo de cargo para entender que la prueba de descargo es insuficiente para absolver. Una auténtica inversión de la carga de la prueba.

Todas estas circunstancias acerca de la irracional manera de motivar en sentencia la participación de mi mandante en los hechos por los que venía acusado solo demuestran lo fácil que ha supuesto mediante una sola sentencia disuadir del ejercicio del derecho de manifestación, tan fácil como partir de la credibilidad del único testigo que sin precisar ni describir la dinámica de los hechos ha conseguido enervar la presunción de inocencia.

Ni en el irracional juicio de inferencia, ni en la escasez e insuficiencia de prueba de cargo, ni en la falta de imparcialidad mostrada ante las alegaciones realizadas en el uso de la última

palabra, ni en la interpretación extensiva de las penas en contra del reo se percibe un juicio justo ni respetuoso con el derecho fundamental de reunión. Esta sentencia será histórica por la nula probanza de la tesis acusatoria y los desproporcionados efectos lesivos y ejemplarizantes de la condena, si no se remedia a tiempo. Ni más ni menos, esta sentencia provoca en sí misma un gran efecto desaliento en el legítimo ejercicio del derecho de reunión y de manifestación, si no se anula a tiempo.

SEXTA.- Vulneración del derecho de representación política.

La sentencia aquí impugnada afecta igualmente al derecho de participación política toda vez que la pena finalmente impuesta implica la privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena lo que, de una parte, impide que mi representado pueda acudir, como candidato, a cualquier elección que fuese a celebrarse durante el tiempo de la condena y, de otra, en la forma en que termina ejecutándose la sentencia se le priva del escaño para el cual fue elegido por voluntad popular.

Es decir, se produce un doble efecto cuyas mayores consecuencias se ven a la hora de la ejecución de la pena pero que vienen generadas a partir de una

indebida sentencia que es contra la que nos alzamos en nulidad.

Pero este no es un planteamiento exclusivo nuestro sino sustentado doctrinal y jurisprudencialmente desde antiguo por, entre otros, Pérez Sola¹⁶:

"En el artículo 23 CE se contiene el reconocimiento del derecho a la participación «en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes», así como a «acceder en condiciones de igualdad a las FUNCIONES y cargos públicos». La «íntima conexión de los dos apartados»¹⁷ ha sido reconocida por el TC, que ha señalado cómo «el derecho de sufragio activo y el pasivo son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia»¹⁸[2]. Sin embargo, se trata de dos apartados de distinto contenido y que requieren un análisis separado. Como comprobaremos después, el constituyente debía resolver qué modelo de participación habría de ser el prioritario o preferencial de entre las «distintas formas participativas» que previsiblemente se contendrían en la Constitución del 1978. Pues bien, en el artículo 23.1 CE se está reconociendo la participación como derecho fundamental integrado en un sistema jurídico que garantiza la protección del mismo (art. 53 CE), que se engloba dentro de un conjunto de materias protegidas por un procedimiento de reforma superagravado (art. 168 CE) y el amparo de la jurisdicción constitucional. No

¹⁶ Algunas CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, en Revista de Derecho Político, núm. 41, 1996, pp. 97-118

¹⁷ Ver a este respecto la STC 5/1983, de 4 de febrero

¹⁸ Ver a este respecto la STC 24/1990, de 15 de febrero

estamos, pues, ante una simple declaración de un derecho recogido en la Constitución, sino ante «la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado»¹⁹[3] En este sentido, como ha indicado AGUIAR DE LUQUE, "el artículo 23.1 puede ser considerado como la concreción a nivel de derecho subjetivo del principio participativo que en el 9.2 se consagra como uno de los fines por excelencia de los poderes públicos".

Y, por otra parte, en la medida que el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de participación democrática en el ámbito de la Unión, teniendo en cuenta el relevante papel que, para la vida democrática de la Unión, otorgan los Tratados a los parlamentos nacionales, la privación del derecho de sufragio pasivo en relación con dichos parlamentos nacionales supone una restricción, también, el derecho reconocido en el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea, lo que nos sitúa, igualmente, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, lo que decimos a los efectos legales oportunos en el supuesto de que el presente incidente de nulidad sea desestimado.

En cualquier caso, debe tenerse presente que al momento de la sustitución de la pena, que viene

¹⁹ J. A. SANTAMARÍA, «Comentarlos al artículo 23», en Garrido Falla, F. (dir.). Comentarios a la Constitución, pág. 443

recogida en sentencia, no se ha objetivizado por parte del Tribunal los motivos que llevaron a adoptar una forma de sustitución y no cualquiera de las otras dos que resultaban menos gravosas y que no tenían consecuencias sobre el derecho de sufragio pasivo y, por tanto, no lo tenían sobre el derecho de participación política.

En su virtud,

SOLICITO A LA SALA: que teniendo por presentado escrito por el que vengo a vengo a **IMPUGNAR DE NULIDAD la sentencia dictada por esta Excma. Sala, de fecha 6 de octubre de 2021 y que nos ha sido notificada el 7 de octubre de 2021,** por la cual se ha condenado a D. Alberto Rodríguez Rodríguez como *"autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad ya definido, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 1 mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena"*. Y se ha dispuesto que *"La pena de prisión se sustituye por la pena de multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros"*, se sirva admitirlo y que, a la vista de lo aquí alegado, de lo obrante en autos, de las normas de procedimiento y de los derechos fundamentales invocados, se sirva estimarlo decretando la nulidad

de la citada sentencia y dictando otra por la que se dicte la absolución de mi representado; subsidiariamente, se solicita la nulidad de la sentencia y la repetición del juicio oral para que sea otra la composición de Sala que enjuicie a D. Alberto Rodríguez Rodríguez.

OTROSI DIGO: Si bien esta parte ya planteó una petición de suspensión de la ejecución de la sentencia ahora impugnada de nulidad, teniendo presente la posición del Ministerio Fiscal que entiende que no era el momento procesal oportuno por no haberse interpuesto aún el presente incidente de nulidad, por medio del presente OTROSI DIGO damos por reproducida íntegramente dicha petición y solicitamos a esta Excma. Sala acuerde suspender la ejecución de la presente sentencia en los términos expuestos en nuestro escrito de fecha 27 de octubre de 2021.

Aparte de lo alegado en el escrito ut supra referenciado debe tenerse presente que la forma en que se ha actuado por parte de la Presidenta del Congreso de los Diputados respecto a la ejecución de la pena impuesta contraviene, claramente, lo dispuesto en la sentencia aquí impugnada en la que, como bien dice el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 2 de noviembre de 2021 la pena impuesta **"significa única y exclusivamente que durante el**

tiempo de un mes y quince días que se fije en tal liquidación, el Sr. Rodríguez no podrá presentarse a cargos públicos. Ni más, ni menos."

Dicho más claramente, nunca tanto como en este caso resulta necesaria la suspensión de la ejecución mientras se resuelve el presente incidente de nulidad y, llegado el improbable caso de que sea necesario acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, mientras se sustancie el mismo toda vez que los derechos en juego son de tal intensidad que una precipitada ejecución vaciará de contenido y privará de sentido a este y cualquier posterior recurso.

Por ser Justicia que pido en Madrid, a 8.11.2021