



Roj: **ATS 1311/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1311A**

Id Cendoj: **28079120012018200116**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2018**

Nº de Recurso: **20907/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 15/02/2018

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: **20907/2017**

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Procedencia: RECURSO DE APELACIÓN

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Transcrito por: OVR

Nota:

Alexis .

CAUSA ESPECIAL núm.: **20907/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2017 el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto en cuya parte dispositiva, dice:

"... **DISPONGO:** Denegar **los permisos de salida** requeridos por la representación de D. Alexis , así como los **contactos con los medios** de comunicación que no se inserten del ordinario régimen interno del establecimiento penitenciario en el que se encuentra ingresado, y la **disponibilidad de uso de internet fuera del régimen ordinario de control fijado por el mismo centro** " .

SEGUNDO.- Contra dicho auto se ha interpuesto recurso de apelación, en tiempo y forma, por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de D. Alexis , del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 de la LECr .

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 22 de diciembre de 2017, interesando la desestimación del recurso, la confirmación de la bondad del Auto recurrido en todos sus extremos, incluyendo la denegación de la promoción de la cuestión prejudicial interesada.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se acordó señalar para deliberación y resolución de este recurso el día **8 de febrero de 2018** , teniendo ésta lugar en la fecha señalada, con el resultado que se manifiesta a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por medio de Auto de 14 de diciembre de 2017, el Magistrado instructor acordó "denegar **los permisos de salida** requeridos por la representación de D. Alexis , así como los **contactos con los medios** de comunicación que no se inserten del ordinario régimen interno del establecimiento penitenciario en el que se encuentra ingresado, y la **disponibilidad de uso de internet fuera del régimen ordinario de control fijado por el mismo centro.**" Contra dicho Auto la misma parte interpone recurso de apelación.

SEGUNDO. - Alega el recurrente, en primer lugar que, aun consciente de que a estas alturas el recurso apenas tendrá una efectividad real, resultando prácticamente inviable por razones de tiempo, lo plantea para que se declare la lesión que se le ha ocasionado en sus derechos fundamentales, y para conseguir el agotamiento de las instancias nacionales, para poder acudir a las internacionales; y porque tiene un interés jurisprudencial para plantearse *pro futuro* qué restricciones del art 23 CE son proporcionadas cuando un candidato se encuentra en prisión preventiva.

TERCERO. - El recurrente concreta haberse producido vulneración de los arts 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41.6 y 77.2 del Reglamento Penitenciario , interpretados en relación con los arts. 23 y 24 de la CE , art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y los arts. 12, 48.1 y 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

1. Y de la interpretación conjunta de todos estos preceptos, deduce que cualquier ciudadano no condenado *tiene derecho* a que se le reconozca no solo la mera posibilidad formal de concurrir a las elecciones, sino también la posibilidad material de intervenir en la campaña electoral, para no vaciar de contenido aquéllas normas. Concluyendo que, aun no cuestionando que haya limitaciones derivadas de una medida como la prisión provisional, las mismas han de ser *proporcionadas*, requisito que respetan escrupulosamente sus peticiones. El riesgo absolutamente hipotético que aprecia el instructor de incitación a actuaciones tumultuarias, carece de toda justificación y, dados los compromisos declarados asumir por el solicitante, y por la posibilidad de que aquél revocara inmediatamente las autorizaciones. Por otra parte quedan afectados los derechos de los propios electores pues, con la ausencia del candidato se dificulta de modo sensible la visibilidad de la formación política y empeora su condición frente a otras listas electorales.

2 . Pues bien, como apunta el Ministerio Fiscal el recurso carece de idoneidad objetiva para modificar la argumentación y sentido de la resolución que se recurre. Como destaca el Auto recurrido el TEDH ha proclamado que el artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades públicas, después de consagrar los derechos subjetivos de voto y elegibilidad, incorpora *limitaciones implícitas* que cada Estado puede modular, siempre que la participación democrática no pierda efectividad y que dichas limitaciones respondan a fines legítimos que guarden adecuada correspondencia con los motivos que las impulsan. Véase en ese sentido y por todas la Sentencia de la Gran Sala en el caso LABITIA contra Italia, de 6 de abril de 2000 , en su apartado 200.

El Auto recurrido precisaba que las restricciones resultaban igualmente válidas "respecto del *más limitado derecho de participación en campaña* electoral, pues por más que esta participación resulte inherente a la postulación de un candidato, tiene menor alcance que la exclusión absoluta del derecho a ser elegido;



particularmente en procesos electorales que descansan en un sistema de elección basado en listas cerradas de candidatos, en los que la defensa del ideario de la candidatura está atendido por sus otros integrantes, así como por la agrupación de electores, el partido político o la agrupación de partidos que presten soporte a la candidatura en esa misma circunscripción electoral o, incluso en otros territorios en los que la conformación concurre a las elecciones con un mismo programa e ideario, por estar orientado a integrar un solo órgano común de representación".

De acuerdo con el criterio indicado en el párrafo precedente y como *enfatiza el Auto* recurrido, dado que el recurrente se integraba con el número 2 de una lista electoral de 85 candidatos, a la que se incorporó cuando ya estaba privado de libertad por su presumible participación en delitos de extrema gravedad como los de rebelión, sedición y malversación agravada, la limitación de su libertad *ni anulaba* completamente su capacidad de *dirigirse al electorado* por medios distintos a la presencia personal en los mítines convocados, *ni impedía que otros* integrantes de su candidatura abordaran plenamente las actividades de campaña, razón por la cual su situación personal en la causa encajaba en el ámbito de las limitaciones admitidas a los derechos de voto y elegibilidad permitidas a cada Estado por responder a fines legítimos que guardan adecuada correspondencia con los graves motivos que las impulsaban, además de ser absolutamente compatibles con una participación democrática efectiva en los comicios autonómicos.

Atendiendo a ello, las objeciones que plantea el recurrente al criterio del Instructor, desde el plano de la *proporcionalidad*, carecen de fundamento. La sospecha del Juez de instancia sobre que el solicitante podría aprovechar la circunstancia para incitar a la ciudadanía a actuaciones tumultuarias, no deja de ser razonable. Si es cierto que una vez producida la reiteración delictiva, el Instructor podría revocar las autorizaciones concedidas, también lo es que en tal caso el daño que se trataba de evitar ya estaría producido.

CUARTO.- Subsidiariamente, estimando el recurrente que está en juego la interpretación de diversos preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solicita que la Sala plantee ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente CUESTIÓN PREJUDICIAL:

"¿Es compatible una interpretación de los arts. 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de los arts 41.6 y 77.2 del Reglamento Penitenciario españoles con los arts. 12, 48.1, y 52 de la carta de Derechos Fundamentales de la UE, que impida *de modo absoluto* a un candidato en un proceso electoral que se encuentra en prisión provisional comunicada: 1) Asistir a actos de la campaña electoral como debates o mítines, si es necesario custodiado por las fuerzas del orden público; 2) Que desde el Centro Penitenciario donde está custodiado pueda atender a los medios de comunicación para dar a conocer sus propuestas electorales; 3) Que pueda acceder en el horario que se determine a internet desde el Centro Penitenciario a fin de dar a conocer su programa electoral a los ciudadanos a través de las redes sociales?"

Y en el último sentido el recurrente entiende que, siendo la Sala del Tribunal Supremo la última instancia competente para pronunciarse sobre esta cuestión, el planteamiento de la misma es *imperativo*, conforme al art. 267 del TFUE.

QUINTO.- Pues bien, en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial recordaremos que, como se sigue de los primeros pronunciamientos del TJUE al respecto (sentencia CILFIT 6-10-82 -EDJ 1982/11559- sobre todo) al juez nacional le corresponde apreciar la oportunidad de dirigirse al TJUE con independencia de cuál sea la posición de las partes en el proceso e incluso sin necesidad de que alguna de esas partes interese expresamente el planteamiento de la cuestión (sentencia SALONIA 16-6-81, adopción de oficio). En nuestro caso, el juez de instancia doméstico, que resolvió la cuestión sobre la concesión de libertad al recurrente privado de misma para poder participar en los comicios autonómicos, no fue otro que el Magistrado Instructor de la causa, *ante el que no se promovió* -por razones que se desconocen pero en absoluto compatibles con la buena fe procesal- la cuestión prejudicial europea que ahora en la instancia superior se quiere promover. La razón no puede ser distinta a la pretensión procesal de convertir el planteamiento de la cuestión prejudicial europea en obligatoria, pues mientras que la decisión en la instancia del Magistrado Instructor era susceptible de recurso ante la Sala y por tanto la promoción de la cuestión prejudicial era para dicho órgano facultativa, se desliza ahora *novedosamente en apelación* la pretensión ante la Sala para que necesariamente la formule, dado que su decisión en apelación carecería de recurso ordinario ante instancia más elevada.

En efecto el artículo 267 TFUE establece la facultad del órgano jurisdiccional nacional (<<podrá pedir>>) para dirigirse al TJUE a propósito de la interpretación del Derecho primario o de la validez e interpretación del Derecho secundario <<si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo>> (facultad que deviene obligación cuando las decisiones de la instancia doméstica <<no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno>>).

En nuestro caso, -sobre no haberse planteado en la instancia doméstica, como debería haberse hecho y no se hizo, por lo que se está actuando "per saltum", lo que determinaría per se la inadmisión o en su caso



desestimación de la pretensión-, tampoco debe existir duda sobre la inexistencia de necesidad de formular la cuestión prejudicial. Y no existe duda porque lejos de lo que afirma el recurrente, cuando apela a que la interpretación que el Magistrado ha dado de los artículos de la Ley -47 y 48- y el Reglamento Penitenciario, impedía al recurrente *de manera absoluta* su participación en el proceso electoral, no es verdad que haya sido así.

Ciertamente, como razonaba el Auto recurrido, de entrada, el recurrente *no tenía anulada* su capacidad de dirigirse al electorado pues disponía del uso de *internet* dentro del régimen de control fijado, lo que posibilitaba su participación limitada. Por otro lado, la decisión de no concederle la libertad para que asistiera a actos de campaña, resultaba compatible, tanto con el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria -que permite la limitación del derecho de sufragio si resulta incompatible con la detención- como con el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas que, después de consagrar los derechos subjetivos de voto y elegibilidad, incorpora "limitaciones implícitas" que cada Estado puede modular, siempre que la participación democrática no pierda efectividad y que dichas *limitaciones* respondan a *finés legítimos* que guarden adecuada correspondencia con los motivos que las impulsan. Entre esos motivos, que alentaban la imperiosa necesidad de prohibirle participar en actos de campaña realizados fuera del Centro o ante medios de comunicación, figuraba el de poder ser utilizados esos escenarios para impulsar movilizaciones inmediatas que sirvieran para conseguir su fuga, pues no es ajena al resultado de la instrucción la instrumentalización de las masas dirigidas o arengadas para conseguir propósitos delictivos.

No existe por tanto duda de que la interpretación de los artículos invocados de la LOPJ -47 y 48- y de su Reglamento -41-6 y 77.2- era adecuada a la Carta de la Unión Europea en sus artículos 12 , 48.1 y 52 .

Además, incluso en los supuestos en que no quepa recurso en la instancia doméstica, el órgano jurisdiccional obligado a presentar una cuestión prejudicial *puede prescindir* de dicha obligación si considera que la misma no va a influir en el resultado del litigio, bien porque una cuestión similar ya ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia o bien porque no cabe duda razonable acerca de la interpretación conforme con el derecho comunitario (la "teoría del *acto claro* ").

Tales limitaciones implícitas a los derechos de voto y elegibilidad que cada Estado puede articular siempre que la participación democrática no pierda su eficacia y existan fines legítimos que consientan la restricción, figuran consagradas en MATHIEU-MOHIN y CLERFAYT contra BÉLGICA de 2 de marzo de 1987, ap.52; GITONAS y otros contra GRECIA de 1 de julio de 1997, ap.39; MATHEWS contra REINO UNIDO, ap.63 o la Sentencia ya citada de la Gran Sala del caso LABITIA contra ITALIA, de 6 de abril de 2000 , ap.200.

Por todo ello,

Vistos los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Desestimar el recurso interpuesto por la representación de **D. Alexis** .

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro