

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

Fecha del auto: 20/03/2018

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20907/2017

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:

Resumen

Causa Especial . Apelación contra Auto del Instructor de 6-2-2018.

Recurrente D. Jordi Sánchez Picanyol.

Denegación de libertad provisional

Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

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

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha **6 de febrero de 2018** el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto en cuya parte dispositiva, dice:

«...**El Instructor acuerda: Denegar la libertad provisional** interesada por D. Jordi Sánchez Picanyol, manteniendo la medida cautelar de prisión provisional, comunicada y sin fianza decretada contra él en auto de fecha 16 de octubre de 2017, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, y mantenida por auto de este instructor de 4 de diciembre de 2017.»

**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 DON JORDI SÁNCHEZ PICANYOL, 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, y el procurador Dña María Pilar Hidalgo López en nombre del Partido Político VOX evacuaron traslado con fecha 16 y 23 de febrero de 2018 respectivamente, interesando ambos la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido en todos sus extremos, incluyendo la denegación de la promoción de la cuestión prejudicial interesada.

Con fecha 19 de marzo de 2018, el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en la representación dicha, presentó escrito proponiendo la incorporación de los siguientes documentos, alegando ser posteriores a la denegación de libertad por Auto del instructor de 6 de febrero de 2018:

Nº 1. Auto de fecha 21 de febrero de 2018 acordando el Instructor la libertad provisional con fianza de Dña. Marta Rovira Vergés.

Nº 2. Escrito presentado por la misma defensa en 1 de febrero de 2018, a la vista del contenido de la declaración testifical realizada, en la causa, por Sr De Los Cobos, ante el Instructor.

Nº 3. Documento que contiene el "Programa de Govern" de JxCat.

Nº 4. Documento que contiene las manifestaciones realizadas por la formación política Candidatura de Unidad Popular (CUP), en relación con el anterior.

Nº 5. Entrevistas publicadas en los rotativos La Vanguardia y ARA, en 6 de enero y 6 de febrero de 2108 por el recurrente.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala se acordó señalar **vista**, para el día **20 de marzo de 2018**, teniendo ésta lugar en la fecha señalada, con la asistencia del recurrente, asistido de su letrado, manifestando éste y aquél lo que a su derecho convino; y de las demás partes personadas, a cuyo término deliberó la Sala con el resultado que se manifiesta a continuación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por medio de Auto de 6 de febrero de 2018, el Magistrado instructor acordó denegar **la libertad provisional** interesada por la representación de D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL. Contra dicho Auto la misma parte interpone recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Alega el recurrente, esencialmente que la prisión acordada carece de sus finalidades legitimadoras, y así rebate la argumentación del auto impugnado sobre el riesgo de reiteración delictiva, invocando derechos constitucionales como los de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, libertad personal, libertad ideológica y participación en asuntos públicos, que habrían sido vulnerados por aquella resolución.

También se extiende en consideraciones sobre la necesidad de interpretación restrictiva y con suma cautela del artículo 503 LECR, y sobre la vulneración del principio de proporcionalidad.

Y entendiendo que la cuestión tiene un notable interés jurídico, no teniendo constancia de que hasta la fecha la Sala de haya pronunciado en profundidad al respecto, sugiere la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre la presente previsión legal, entendiendo muy dudosa la compatibilidad del art. 503.2 LECr con el art. 24.1 CE (derecho a la presunción de inocencia) y el art. 17 CE (derecho a la libertad).

**TERCERO.-** La STC nº 149/2007 de 18 de junio de 2007, proclama, estudiando los **derechos a la libertad personal, la tutela judicial efectiva y de inocencia, en relación con la medida cautelar personal más restrictiva** y su forma de afectarlos, las siguientes consideraciones: La prisión provisional es una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de

obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva); y como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines. Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse en resolución judicial motivada; motivación suficiente y razonable, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado, y la realización de la administración de la justicia penal, por otro), a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional. Para ello, obviamente, la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido.

El Auto recurrido en su fundamento de derecho primero precisaba que: «la pretensión del recurrente se hacía descansar sobre dos elementos esenciales: 1) Que los hechos cuya comisión se atribuye al investigado, no son constitutivos de infracción penal; y 2) Que no existe el riesgo de reiteración delictiva que motivó que el instructor mantuviera la medida cautelar por Auto de 4 de diciembre de 2017.»

En cuanto a la pretendida atipicidad -sobre la que, por cierto, no insistió en su informe oral la parte recurrente- el Auto, señala que el recurrente realiza un análisis jurídico incompleto refiriéndose solo a lo acontecido en 20 de septiembre de 2017, olvidando que la instrucción ha añadido nuevos elementos de soporte, Y así destaca que: La agenda intervenida a D. Josep María Jové, evidencia no solo la reunión de partidos políticos soberanistas y los representantes de ANC y Òmnium cultural, sino que aquellos contemplaban la movilización ciudadana como un elemento estratégico para la consecución de la independencia (atestado de 15 de diciembre de 2017, atestado de 31 de enero de 2018). Desde esta constatación, son numerosas las intervenciones públicas en las que los representantes políticos y los de las asociaciones soberanistas han proyectado la existencia de una actuación

comparativa, habiendo llegado a afirmar el Sr. Sánchez en una ocasión que, sobre esta cuestión, hablaba en nombre del expresidente Sr. Puigdemont, o de los partidos soberanistas Pdecat, ERC o la CUP (Video 3 y 4, anexo 2, del atestado de 30 de noviembre de 2017), al tiempo que se ha proclamado garante de que se celebraría el referéndum del que derivaría la declaración de independencia, salvo que el gobierno del Estado lo impidiera con actos impropios. Y son múltiples las convocatorias que se hicieron desde la asociación que preside, para que los ciudadanos se congregaran en movilizaciones orientadas a dificultar la prohibición del referéndum (atestado de 15 de diciembre de 2017 o declaración del Sr. Sánchez) o, incluso, dando pautas de cómo habrían de ocuparse los centros de votación en la madrugada del 1 de octubre, para imposibilitar con ello que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pudieran llevar a término las decisiones judiciales de impedir su celebración (Anexo 5, del atestado ampliatorio de 1 de febrero de 2018)".

Con todo ello resulta evidente que la magnitud de los indicios y la apariencia de buen derecho, junto con una motivación precisa permiten concluir que la decisión adoptada fue respetuosa con los derechos a la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, el juicio de proporcionalidad inherente a la gravedad de los delitos y sus penas y el derecho a la libertad, pues ponderaba adecuadamente, en una resolución motivada, los derechos a la libertad provisional y a la presunción de inocencia con los fines constitucionalmente legítimos con los que un Estado de Derecho protege la paz pública, el orden social y la seguridad democrática que está en la base de su propia pervivencia. El respeto a la ley que los investigados despreciaron con sus actuaciones criminales ha sido precisamente el que ha presidido el dictado de esta resolución, que solo sobre el presupuesto de fundadas razones sacrificaba los derechos invocados.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a los derechos a la libertad ideológica y a la participación en asuntos públicos no hay vulneración alguna. No existen presos políticos en esta causa, sino políticos que están presos por haber cometido indiciariamente delitos gravísimos de rebelión y sedición entre otros,

donde, no existiendo víctimas individualizadas, son atacados los bienes jurídicos colectivos protegidos. Pretendían, con violencia, absolutamente imprescindible para consumir sus propósitos de sustitución de la legalidad constitucional por otra distinta y espuria, segregar de España una parte de su territorio. Y ese es un gravísimo delito contra la CE.

En el reciente Auto de esta Sala de 14.2.2018, que ha rechazado promover una cuestión prejudicial europea sobre los artículos 47 y 48 del RP y su forma de interpretarlos por el auto del Instructor de 14.12.2017, hemos resaltado el carácter respetuoso de esa resolución con los derechos de participación en asuntos públicos del recurrente preso, de acuerdo con las limitaciones implícitas que cada Estado puede modular de conformidad con el artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Libertades públicas, dado que el derecho de representación que se le reconoce no hace perder efectividad a la participación democrática ni modifica la aritmética parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma.

**QUINTO.-** En cuanto a la reiteración delictiva, la LO 13/2013, de 24 de octubre, de reforma de la LECR en materia de prisión preventiva, proclama en su Exposición de Motivos, que el artículo 503 LECR establece con precisión cuáles son los finés legítimos que justifican la prisión provisional. «Ésta ha de conjurar en cada caso concreto uno de estos riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que el imputado oculte, altere o destruya pruebas; o que el imputado cometa nuevos hechos delictivos. En este último caso, el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia de la presunción de inocencia, esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto.»

Por otra parte el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha admitido el fin de evitación de la reiteración delictiva como fundamento de algunas medidas cautelares (la prisión preventiva, singularmente), pues así lo reconoce su art. 5, 1, c) al autorizar la prisión preventiva cuando se estime necesario para impedir que la persona privada de libertad cometa una infracción. A esta dirección se

adscribe, lógicamente, numerosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en aplicación del precepto citado, justifica la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva sobre la base, entre otros, de los siguientes parámetros: la continuación prolongada de actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas, la nocividad del acusado, la perturbación del orden público provocada por la infracción penal, la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos, o las exigencias del interés público en atención a las particulares circunstancias del caso. (Por ejemplo, sentencia de 10-11-1969, caso Matznetter c. Austria; donde la consideración del peligro de repetición de las infracciones era compatible con el artículo 5.3 del Convenio en las circunstancias especiales del caso, señalando que: "un juez puede razonablemente tomar en cuenta la gravedad de las consecuencias de delitos, cuando se trata de tomar en consideración el peligro de ver repetirse esas infracciones, con vistas a apreciar la posibilidad de poner en libertad al interesado a pesar de la existencia eventual de tal peligro". Y tuvo en cuenta para considerar justificada la prisión preventiva, como elementos relevantes: "la continuación muy prolongada de actos reprobables, la enormidad del perjuicio sufrido por las víctimas y la nocividad del acusado", que relacionaba con su experiencia y sus grandes capacidades, aptas para facilitarle la reiteración de sus actos delictivos. "E igualmente pueden citarse SSTEDH de 10-11-1969, caso St. ö Gmüller c. Austria; 16-7-1971, caso Ringeisen c. Austria; 28-3-1990, B. c. Austria; 26-6-1991, caso Letellier c. Francia; 26-1-1993, caso W. c. Suiza; 20-3-2001, caso Bouchet c. Francia; y 12-12-2006, caso Dombek c. Polonia.)

Y aún podríamos añadir el caso Gawrewcki contra Polonia, de 14 de abril de 2015, donde el TEDH precisó que aunque la gravedad de los cargos no puede por sí misma justificar largos periodos de prisión, sin embargo "es un elemento relevante en la valoración del riesgo de fuga o de reincidencia".

Y el Auto recurrido, en relación con la reiteración delictiva señala, en su fundamento jurídico segundo que: «ya se expresó en el auto de este instructor de 1 de febrero de 2018, que lo determinante a la hora de evaluar el riesgo de que un encausado pueda perseverar en el delito, no es si subsisten las mismas circunstancias desde las que

ejecutó su acción o desde las que realizó su aportación al delito, sino si existe una posibilidad razonable de que se reproduzca el ataque al bien jurídico y de que esa eventualidad pueda confluir de nuevo con la voluntad del encausado de sumarse a la ejecución delictiva desde cualquier tarea o función. Decía por ello que el riesgo de reiteración delictiva surge fundamentalmente de que subsistan los motivos que impulsaron la realización del delito, así como de las circunstancias que lo propiciaron y de cual pueda ser el posicionamiento personal del partícipe respecto de la observancia o transgresión de la ley. Y de la confluencia de ambos marcadores en el solicitante de libertad, surge un pronóstico dispar y de mayor riesgo de reiteración delictiva que en otros de los encausados.

Como ya ha ocurrido con el resto de investigados, el solicitante mantiene su ideario soberanista, lo que resulta constitucionalmente válido, pero imposibilita el convencimiento de imposible reiteración delictiva que se tendría respecto de quien profese la ideología contraria. Pero a diferencia de algunos investigados, el Sr. Sánchez, no sólo no ha renunciado a una actividad pública que -desde diversos frentes- ha servido de instrumento para la ejecución de los hechos, sino que ha revalidado su compromiso integrándose en una candidatura que proclama el objetivo de restablecer la dinámica política que condujo a las actuaciones de las que nacen las responsabilidades que este proceso penal contempla y que desembocó en la aplicación del artículo 155 de la CE. Y a la hora de prospeccionar cuál podría ser el futuro comportamiento del investigado, no sólo debe atenderse a este elemento, sino a la marcada determinación con la que el encausado ha perseguido la consecución de sus objetivos, lo que se refleja en su impulso de movilizaciones multitudinarias de ciudadanos que -como se dijo en el auto de 4 de diciembre de 2017- favorecieron un estallido social, y que específicamente estimularon o asumieron el riesgo de que se expandiera una irreparable reacción violenta contra la convivencia y contra la organización territorial del Estado.»

Con arreglo a ello, resulta evidente, por tanto, que respecto del investigado -en el plano indiciario propio de este momento- desde su posición de influencia en las movilizaciones multitudinarias y su compromiso de integrarse en una candidatura que proclama el objetivo de restablecer la dinámica política que condujo a las actuaciones de las que nacen las responsabilidades que este proceso penal contempla y que desembocó en la aplicación del artículo 155 de la CE, el juicio de reiteración delictiva surge nítido en atención a los parámetros exigidos por el TEDH de previsible continuación prolongada de actos punibles, gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas con la crisis política, económica, y constitucional abierta en Cataluña por el intento de segregación violenta de ese territorio de la unidad nacional, la personalidad del acusado como icono (la calificación del Instructor

como "carismático", sin duda se refiere simplemente al sentido dado por el Diccionario de la Real Academia, como "dotado de un don") de asociaciones expertas en movilizaciones populares, la perturbación del orden público provocada por la infracción penal, la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos, o las exigencias del interés público en atención a la particulares circunstancias del caso.

**SEXTO.-** En cuanto a la documentación aportada, en el trámite de la Apelación, al amparo del art 231 de la LECr, hay que observar lo siguiente:

En primer lugar que, por lo que se refiere al Auto del instructor de 21 de febrero de 2018 acordando la libertad bajo fianza de otra investigada, se trata de una resolución tomada en uso de sus facultades por quien correspondía, por él asumida y que no ha sido objeto de revisión por esta Sala, por no haber sido objeto de recurso ante la misma. Por lo cual nada cabe señalar respecto de ella.

En segundo lugar, que las manifestaciones que en el curso de la investigación haya realizado ante el Instructor quien parece ser un testigo más o menos cualificado, no pasa de una opinión que, con la intermediación necesaria, ha sido valorada por quien corresponde hacerlo.

En tercer lugar, que en cuanto al Programa político de JxCat, aunque en numerosos pasajes pudiera plantear dudas sobre su respeto a la Constitución española y al Estatuto de Catalunya vigentes, no desvelando cómo por medios legales se puede conseguir el reforzamiento de las "estructuras republicanas" a que se refiere el Sr. Sánchez en sus entrevistas, nada diremos por no correspondernos, apuntando solamente que la discrepancia respecto de él de la CUP, por "autonomista", no proporciona sino motivos para sospechar de una radicalización por influencia de esta Agrupación, que en nada favorece el cambio de contexto tenido en cuenta por el instructor en la resolución recurrida, o la pretendida variación de las circunstancias que en su día llevaron al Instructor al mantenimiento de la situación acordada.

**SÉPTIMO.-** Por lo que atañe a la cuestión de inconstitucionalidad, referente al art 503 de la LECr. como con reiteración ha puesto de manifiesto el TC (SSTC17/1981, 94/1986, 106/1986 y 55/1990), la CI no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. Por eso, uno de los requisitos imprescindibles para el planteamiento de la CI derivado de los arts. 163 y 35.2 de la LOTC, es el llamado «juicio de relevancia». "La STC 48/1992, en su FJ primero proclama la necesidad de controlar que la CI sea relevante, pues el juicio de relevancia que el artículo 35.2 de la LOTC configura como presupuesto del proceso es de orden público, y obliga a operar con rigor para impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza (SSTC 17/1981, FJ. 1, y 166/1986, FJ. 5)".

Y uso no acomodado a su conveniencia sería promover esa cuestión de inconstitucionalidad, pues precisamente la LO 13/2003, de 24 de octubre tuvo por objeto dar respuesta a la necesidad imperiosa de adecuar nuestra ley procesal penal a las exigencias constitucionales derivadas de la doctrina del TC.

La LO surge porque entre los objetivos del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia se encuentra el de abordar "la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". La consecución de ese objetivo, como dice la Exposición de Motivos de la LO, resultaba acuciante, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había ido imponiendo requisitos -con el tiempo cada vez más claros y exigentes- para que la institución de la prisión provisional fuera respetuosa con el contenido esencial del derecho a la libertad, tal y como viene consagrado en su artículo 17 de la Constitución, y del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2. Y es que la prisión provisional se situaba "... entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro..." (STC 41/1982).

El Tribunal Constitucional, de forma paulatina pero unívoca, había ido estableciendo una serie de características que la prisión provisional había de cumplir en todo caso para adecuarse a los postulados de nuestra Constitución. De entre ellas, las que imponen mayores exigencias y obligaban a esa reforma parcial de la institución eran su excepcionalidad y, sobre todo, su proporcionalidad.

Y eso es precisamente lo que pretendió la reforma de 2003: adaptar la regulación de la prisión preventiva al principio de proporcionalidad exigiendo adecuación de la prisión provisional a determinados fines, que no eran otros, según el Tribunal Constitucional, que "asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva" (STC 47/2000).

La LO de 2003 recordaba, además, que la proporcionalidad exige no sólo que la medida sea adecuada al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, sino que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida (proporcionalidad en sentido estricto).

Pues bien, ambas exigencias del principio de proporcionalidad son recogidas en la LO de 2003 y, desde luego, han sido respetadas por el auto recurrido que, acuerda la prisión provisional en aras del fin constitucional de evitar la reiteración delictiva y además sacrifica la libertad como razonable restricción frente al bien superior de la seguridad democrática, como bien supraindividual dañado y aún en peligro.

En consecuencia, el recurso en todos sus aspectos ha de ser desestimado

**PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** Desestimar el recurso interpuesto por la representación de **D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL**.

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

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Francisco Monterde Ferrer**

**D. Alberto Jorge Barreiro**