



Roj: **ATS 6831/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:6831A**

Id Cendoj: **28079120012018200936**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2018**

Nº de Recurso: **20907/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 18/06/2018

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: **20907/2017**

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: ROLLO DE APELACION 8/2018

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

Transcrito por: FGR

Nota:

CAUSA ESPECIAL núm.: **20907/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de junio de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 12 de abril pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó Auto en cuya parte dispositiva, dice:

"... **EL INSTRUCTOR ACUERDA:** Denegar la libertad interesada en favor del procesado Fidel , así como los permisos penitenciarios para que pueda acudir a los plenos parlamentarios de investidura el 13 de abril de 2018 o participar en los citados plenos por medio de videoconferencia también interesados, manteniendo la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza contra él decretada..." .

**SEGUNDO.-** Contra dicho Auto se ha interpuesto Recurso de Apelación, en tiempo y forma, por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Fidel , del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, a los efectos del art. 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**TERCERO.** - El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 27 de abril de 2018 interesando la desestimación del recurso y la confirmación del auto recurrido.

La Abogada del Estado, por escrito presentado el pasado 3 de mayo, viene a impugnar el recurso formulado.

La Acusación Popular del Partido Político VOX por escrito presentado el pasado 7 de mayo viene a impugnar el recurso formulado de contrario.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de Recursos de 8 de junio se designó Ponente de este recurso al Magistrado Excmo. Sr. Don Alberto Jorge Barreiro y se señaló para deliberación y resolución, sin vista, el pasado 13 de junio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Por Auto dictado el 12 de abril de 2018 , el Magistrado instructor acordó denegar la libertad interesada en favor del procesado Fidel , así como los permisos penitenciarios para que pueda acudir a los plenos parlamentarios de investidura el 13 de abril de 2018 o participar en los mencionados plenos por medio de videoconferencia también solicitados, manteniendo la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza contra él decretada.

Frente a esta resolución formuló recurso de apelación la defensa del referido procesado, mediante el que solicita la nulidad del Auto recurrido debido a la falta de imparcialidad del Magistrado que lo dictó; y en segundo lugar se solicita que se acceda a que el procesado pueda tomar parte en la sesión de investidura como candidato a la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, o que, en otro caso, se le permita intervenir en esa sesión parlamentaria por medio de videoconferencia.

Es patente que en el caso concurren circunstancias sobrevenidas después de la admisión a trámite del presente recurso de apelación que han determinado la pérdida en gran medida del fin principal del recurso: la asistencia del imputado como candidato a la sesión parlamentaria del pasado día 23 de abril, en la que habría de comparecer como candidato a la Presidencia de la Generalitat. Al haberse anunciado una nueva candidatura y haber sido elegido el diputado don Manuel como Presidente de la Generalitat de Cataluña el 14 de mayo pasado el objetivo principal de la pretensión del impugnante se ha desvanecido. Sin embargo, ello no significa que no proceda entrar a resolver el recurso, dado que afecta a derechos fundamentales del imputado que pudieran repercutir en la situación de prisión provisional en que se halla.

**SEGUNDO. 1.** En el motivo primero de su escrito de recurso invoca la defensa del recurrente la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24 CE ), en concreto la vulneración del derecho a un juez imparcial.

Argumenta la parte que en la resolución que ahora se recurre, concretamente en su página 54, el Magistrado Instructor alude a los hechos que indiciariamente atribuye a los procesados -presuntos autores de una supuesta confabulación para cometer un delito de rebelión- como "la estrategia que sufrimos", una expresión que, de hecho, aparece también en el Auto de procesamiento. Con dicha frase -según el escrito de recurso- el Sr. Instructor se está reconociendo abiertamente a sí mismo como víctima de los hechos que atribuye a los procesados, lo que, como es obvio, compromete su imparcialidad, dado que todo aquel que se considera y declara como víctima de un hecho delictivo tiene un lógico interés directo en el objeto del procedimiento ( art. 219.10.º LOPJ ) y ve comprometida su necesaria objetividad para pronunciarse sobre el objeto procesal con pleno respeto de los derechos de aquella persona a quien abiertamente se atribuye responsabilidad por haberle victimizado.

En tal sentido, y haciendo referencia a alguna resolución del Tribunal Constitucional (Auto 226/2002, de 20 de noviembre ), afirma la defensa que no cabe excluir que la manifestación o expresión de opiniones e ideas más



o menos relacionados con el objeto del proceso constitucional pueda subsumirse en el concepto de 'interés', atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

Y refiere a continuación que quien se considera víctima de un determinado delito -y así lo reconoce en sus propias resoluciones- ya ha tomado partido a favor de la culpabilidad de los procesados y, en consecuencia, carece de la imparcialidad suficiente que se espera de un órgano judicial. Por tal motivo, y sin perjuicio de que la defensa promueva la correspondiente recusación, se alega ya la presente circunstancia en el presente recurso como motivo de nulidad al amparo del art. 238 LOPJ, pues la imparcialidad judicial es una garantía fundamental del procedimiento que, en caso de no respetarse, genera una evidente indefensión, por cuanto no cabe un ejercicio efectivo del derecho de defensa ante un juez o tribunal que, por considerarse víctima, carece de la mínima objetividad necesaria para pronunciarse sobre los hechos sobre los que tiene que resolver.

2. La queja de la parte recurrente desenfoca y descontextualiza el sentido de las expresiones utilizadas por el Magistrado-Instructor, tiñendo así de falta de imparcialidad lo que ha de ser entendido como una percepción generalizada de la forma en que se fueron desarrollando los acontecimientos en Cataluña, con ocasión de exponer el Instructor el desarrollo de la estrategia secesionista que se recogía en el Libro Blanco que era objeto de explicación y comentario en la resolución recurrida.

El hecho de que el Instructor, ante la amplísima y reiterada difusión que le dieron los distintos medios de comunicación a los presuntos actos de rebeldía institucional, singularmente en los meses previos a la declaración unilateral de independencia, se refiriera en su resolución a la "estrategia que sufríamos", ha de entenderse como la expresión de la incomodidad o desazón que generaba la repetición de noticias e imágenes que cualquier ciudadano podía percibir a diferentes horas del día relacionadas con la evolución del llamado *Proceso* y a las incidencias que en el día a día se iban produciendo.

Sin embargo, una referencia incidental de esa índole en la redacción de una resolución judicial nada tiene que ver con una posible pérdida de imparcialidad a la hora de adoptar una decisión sobre el caso. Atribuir a una expresión de esa naturaleza las connotaciones propias de un signo revelador de pérdida de imparcialidad nos llevaría a unas consecuencias tan desmesuradas y distorsionadas que haría muy difícil celebrar un juicio o realizar una investigación en el ámbito judicial. Pues, de aplicarse los baremos que postula la defensa para valorar que existe una pérdida de imparcialidad, habría que anular todos aquellos procedimientos en los que la actitud poco comedida o desabrida de un acusado, o simplemente la pesadez o el incordio de uno de los protagonistas de un juicio, generara un estado de desazón o una sensación de molestia o de incomodidad en el juzgador que pudiera afectar a su grado de imparcialidad a la hora de enjuiciar un caso.

De otra parte, en el propio Auto del TC que se cita en el escrito de recurso (Auto 226/2002, de 20 de noviembre) se dice que aunque no sea necesario definir de modo exhaustivo qué sea "interés directo o indirecto en el pleito o causa" (art. 219.9 LOPJ), una primera aproximación al concepto puede ser la que ofrece el Diccionario de la Lengua Española del término "interés" en su acepción de "inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración". Partiendo de ello no cabe excluir que la manifestación o expresión de opiniones e ideas más o menos relacionadas con el objeto del proceso constitucional pueda subsumirse en el concepto de "interés", entendido éste en la amplia acepción antes descrita. Así, en el ATC 380/1993, de 21 de diciembre, al resolver una recusación planteada contra el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, sustentada en la posible existencia de un interés como consecuencia de unas manifestaciones por él efectuadas, se vino a admitir implícitamente que determinado tipo de declaraciones pudieran ser exponentes del interés al que se refiere el art. 219.9 LOPJ, si bien se descartó en aquella ocasión su concurrencia en el caso concreto examinado, porque, «ni se hizo manifestación alguna sobre la solución que el Tribunal habría de dar al entonces supuesto recurso de amparo (por cuando el Presidente del Tribunal, Magistrado recusado, se negó a responder a las preguntas que en esa línea se plantearon), ni de la mera reflexión general que sobre el particular se hizo cabe deducir la concurrencia de las causas de recusación alegadas» (FJ 3).

Pues bien, en el caso contemplado el hecho de que el Instructor se refiera en su resolución al sufrimiento que generaba la estrategia del *Proceso* ha de ser interpretado como una forma coloquial de expresarse referida a la situación de tedio o atosigamiento que sentía un importante sector de la sociedad por la reiteración de actos que se había generado en Cataluña, debido especialmente al desarrollo escalonado y persistente de una crisis institucional que producía desasosiego y preocupación en el ciudadano medio, dada su proyección diaria y su presencia repetida en los medios de comunicación. Contingencia que poco tiene que ver con una actitud de predeterminación o predisposición del Magistrado con respecto a las decisiones procesales y sustantivas que tenía que adoptar en el curso de la tramitación del procedimiento penal.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

**TERCERO. 1.** En el **segundo motivo** denuncia la parte la vulneración de los arts. 10.2 y 96 de la Constitución Española y del art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



Aquí cuestiona la parte los criterios que se exponen en el Auto recurrido referentes al grado de vinculación de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para los Tribunales españoles y al hecho de que, en todo caso, de ellas, según el Magistrado Instructor, no se desprende la necesidad de adoptar las medidas que se citan en el documento.

Las medidas a las que se refiere son las que la resolución del Comité de fecha 23/03/2018 ha instado al Estado español para garantizar cautelarmente al encausado los derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 25, entre ellos, «Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente» y «Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

Se añade que «Consecuentemente, para garantizar que España cumpla con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos (en especial el citado Pacto Internacional y su Protocolo Adicional facultativo) y, por ende, los arts. 10 y 96 CE, se interesa la adopción de medidas que hagan posible el ejercicio de tales derechos y, en tal sentido, se solicita:

1.º Que se acuerde la libertad provisional del diputado Fidel, a fin de que pueda acudir al debate de investidura como candidato a la presidencia de la Generalitat de Catalunya.

2.º Que, en caso de no considerarse adecuada tal posibilidad, se otorgue a Fidel, al amparo de los arts. 47 y 48 LOGP, permisos penitenciarios para poder acudir a los plenos parlamentarios de investidura.

3.º Que en el caso de no entenderse tampoco oportuna la anterior medida, y también al amparo de los arts. 47 y 48 LOGP, se permita al diputado participar en los citados plenos por medio de videoconferencia desplazándose a tal efecto al lugar que Su Señoría disponga».

2. El recurrente discrepa abiertamente de los criterios del Instructor sobre ese particular, señalando que el hecho de que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no cuente con medios directos para la ejecución de sus resoluciones no significa que sus decisiones no sean vinculantes para los Estados que, como es el caso de España, han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el Estado español ratificó en su día (mediante Instrumento de 25/01/1985 publicado en el BOE de 2/04/1985) el Protocolo facultativo adicional al citado Pacto Internacional, cuyo art. 1 establece que «Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo».

Cita además el art. 92 del Reglamento del CDH que regula las medidas cautelares y establece al respecto que «El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado parte interesado, comunicar a ese Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada. En tal caso, el Comité informará al Estado parte interesado de que esa expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ninguna decisión sobre el fondo de la comunicación».

Reseña la parte algunas resoluciones de Tribunales Internacionales y también los arts. 10 y 96 de la Constitución, así como el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los que se extrae que el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no es sólo una obligación hacia el exterior, sino también *ad intra*, pues la propia Constitución obliga a todos los poderes públicos -incluido el Judicial- a tener en cuenta tales derechos en la interpretación y aplicación del derecho interno.

Y acaba estableciendo que la inconcreción de las medidas cautelares a adoptar no significa que no deba acordarse ninguna y, en particular, que tales medidas no deban dirigirse a salvaguardar los derechos del diputado respecto de su acceso a la presidencia de la Generalitat. En cuanto a lo primero, conviene tener presente que el Comité simplemente fija una obligación de resultado que cada Estado debe atender en función de las particularidades de su Derecho interno. A tal efecto, la defensa alega que se ha limitado a sugerir tres posibles vías para cumplir dicha obligación de resultado, sin perjuicio de aquellas vías alternativas que pudiera haber decidido el Sr. Instructor.

En cuanto a la concreción, aduce la parte que de ninguna manera puede sostenerse que las medidas no pretendieran garantizar el acceso del Sr. Fidel a la investidura y ello por cuanto exactamente ése fue el motivo de su denuncia ante el Comité y lo que provocó que se acordaran medidas cautelares para evitar daños irreversibles en sus derechos. Habiendo sido éste el motivo específico de la solicitud de dichas medidas éstas no pueden tener otro objeto que la protección de tal derecho, amparado en el art. 25 PIDCyP cuando proclama



que los ciudadanos tienen derecho a «participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente» y a «tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

En consecuencia, resulta absolutamente evidente para la parte impugnante que las medidas interinas acordadas por el Comité no pueden tener otro objeto que el acceso del diputado a la presidencia y, por ello, no existe inconcreción alguna que ampare su no aplicación.

3. Frente a estas alegaciones de la defensa del recurrente advirtió el Magistrado Instructor en el Auto recurrido que la reclamación es coincidente con un escrito de 26 de marzo de 2018, en el que el procesado aportaba a esta causa (en inglés y sin su preceptiva traducción al español) su comunicación presentada ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como una petición cursada ante el Comité para que adoptaran las medidas cautelares en su favor, aportando además una copia de la resolución del Comité de 23 de marzo.

El Instructor recuerda en la resolución recurrida que, en el ámbito de Naciones Unidas, la capacidad de todo individuo para presentar quejas contra el Estado bajo cuya jurisdicción se encontraba cuando se produjo una presunta violación de sus derechos civiles y políticos reconocidos en el Pacto, se satisface atribuyendo al Comité de Derechos Humanos creado bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre 1966, la capacidad de tramitar, debatir y resolver las comunicaciones que al respecto se reciban.

Y se añade en el Auto cuestionado que los requisitos de admisibilidad se circunscriben a que el comunicante o su representante presenten por escrito la denuncia de los hechos, sin que la misma resulte contraria a los principios del Pacto o de las Naciones Unidas, así como que no se muestre constitutiva de abuso de derecho o haya sido sometida a otro sistema internacional de control en materia de derechos humanos, además de haberse agotado los recursos internos ofrecidos por el Estado para la subsanación de la violación. Cumplimentadas estas exigencias, el Protocolo establece que se dará traslado de la comunicación al Estado Parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto, a fin de que, en el plazo de seis meses, el Estado presente al Comité las explicaciones o declaraciones que permitan la aclaración del asunto, así como identifique las medidas que haya adoptado al respecto (art. 4 del Protocolo).

Esta información estatal, y la que facilite el individuo, constituyen la base sobre la que el Comité determinará si concurren razones que hagan la queja definitivamente inadmisibile o, en su caso, pueda definir qué hechos se consideran probados y elaborar un dictamen acerca de la violación denunciada, estando facultando en este caso para hacer un seguimiento sobre las medidas que adoptan los Estados en orden a dar efecto al dictamen del Comité. Igualmente, el Comité puede formular recomendaciones al Estado y a la persona interesada, que carecen de efecto obligatorio ( art. 99 y ss del Reglamento del Comité ).

Además el Reglamento autoriza al Comité a que, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, le comunique su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales orientadas a evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada, sin que ello implique ninguna decisión sobre el fondo (art. 92 del Reg).

De este modo el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tiene capacidad para examinar denuncias de personas que consideran violados sus derechos y libertades consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por un Estado Parte. Desde el estudio contradictorio de la denuncia particular y la consideración del Estado, se pueden emitir dictámenes y recomendaciones que carecen de un efecto directo, pero que sirven de indudable referencia a sus tribunales a la hora de realizar su función.

Se precisa también en el Auto recurrido que esta función orientativa es necesariamente más limitada respecto de las medidas provisionales que anteceden al dictamen del Comité, más aún cuando las medidas son adoptadas en un momento en el que se desconoce todavía la versión del Estado, ignorándose si el país denunciado presenta una realidad o circunstancias concretas que se ajusten o más bien se opongan a la expresada por el particular en su comunicación. En estos supuestos, la opinión del Comité sobre la conveniencia de que se adopten medidas provisionales para evitar un daño irreparable, supone expresar que las instituciones decisorias, por la particular naturaleza de la cuestión que se somete a estudio, invitan a que el Estado Parte preste una particular cautela en su actuación, mientras se aborda el trámite de conocer su versión y adoptarse un posicionamiento por el Comité.

Y siguiendo la misma línea argumental, refiere el Magistrado que el interés de evitar daños irreparables en los derechos políticos del procesado, no implica que ineludiblemente deba autorizarse el ejercicio completo de su contenido, ni que deba renunciarse a evaluar si el completo disfrute de los derechos políticos resulta acorde con el principio de que la representación ciudadana se ejerza de forma constitucionalmente adecuada o si, por el contrario, puede arrastrar consigo la negación parcial de unos derechos políticos del resto de la comunidad



que sean dignos de protección preferente, lo que recoge el propio artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al vetar la restricción de los derechos políticos de los ciudadanos cuando resulte "indebida".

4. De otra parte, conviene recordar aquí que el recurrente en apelación ha interpuesto también recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional acompañando a la demanda el mismo documento emitido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que aportó ante el Tribunal Supremo, alegando a favor de su pretensión que acordar la medida cautelar que propone supondría, a su vez, actuar de conformidad con las medidas cautelares adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su resolución de 23 de marzo de 2018.

El Tribunal Constitucional, al dar trámite al referido escrito, advirtió en el Auto 55/2018, de 22 de mayo, que la citada comunicación, al informar al demandante de que su denuncia, presentada dos días antes, había quedado registrada -sin que ello suponga haber adoptado una decisión sobre su admisibilidad ni sobre el fondo de la queja, planteada ante el Comité, en virtud del Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966-, se le informó también de que el relator especial sobre nuevas comunicaciones, actuando en nombre del Comité, había solicitado al Reino de España, a través de su representante permanente, que adoptase todas las medidas que fueran necesarias para asegurar que el Sr. Fidel pudiera ejercer sus derechos políticos de conformidad con el artículo 25 del citado Pacto.

Y precisó también el TC que, «en los términos en los que ha sido planteada, la alegación del demandante en amparo carece de todo fundamento». Pues, «sin que sea este el lugar para analizar detenidamente la naturaleza de la mencionada comunicación, atendiendo al momento de tramitación en que ha sido adoptada en nombre del Comité, ni tampoco el grado de vinculación jurídica que expresa, basta reparar en el carácter genérico de su contenido para rechazar la relación que establece el demandante entre dicha comunicación y el otorgamiento de la medida cautelar solicitada».

Por consiguiente, esa invitación genérica que hace el Comité de Derechos Humanos al Estado Parte antes de haber siquiera escuchado o conocido las alegaciones de éste, no tiene el sentido que pretende atribuirle la parte recurrente en los escritos presentados ante esta Sala y ante el Tribunal Constitucional, a tenor de los cuales da a entender que por el mero hecho de solicitar unas medidas cautelares ante el Comité éstas se adoptarían automáticamente sin tener un conocimiento previo de la versión de cada una de las partes contendientes, dejando así sin aplicación las normas de derecho interno del Estado concernido.

En virtud de lo que antecede, el motivo no puede acogerse.

**CUARTO. 1.** También invoca la parte la vulneración de los art. 23 y 24 CE y del art. 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Pues considera que la denegación al candidato de la posibilidad de asistir -incluso por medio de videoconferencia- a su debate de investidura conculca sus derechos políticos también desde el punto de vista constitucional español.

Según la defensa del procesado, la supresión de tal derecho no puede sostenerse por medio de un juicio de proporcionalidad, pues es evidente que la causación de un daño irreversible en derechos políticos individuales (del candidato y de sus electores) no se justifica por la concurrencia de riesgos de reiteración delictiva totalmente difusos.

En tal sentido, arguye la parte recurrente que conviene tener presente que hasta la fecha el Sr. Instructor había denegado los permisos solicitados al amparo de los arts. 47 y 48 LOGP aduciendo riesgos para el orden público en el supuesto de conducción de mi mandante a la sede parlamentaria. Sin embargo, cuando lo que se solicita es una simple videoconferencia es evidente que tal riesgo no existe y que el riesgo de posible reiteración se limita al contenido de las palabras del candidato. Sin embargo, la comisión de un delito cuando un diputado hace uso de la palabra en sede parlamentaria es sencillamente imposible, por cuanto el art. 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que "Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo". Como afirmó la Sala en su importante Sentencia 1117/2006, de 10 de noviembre: «la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria no pueden concebirse como un privilegio personal, sino que se justifican en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección». Y así lo destaca igualmente la STC 243/1988, de 19 de diciembre.

También aduce el recurrente que el pronóstico de que el Sr. Fidel podría reincidir en caso de acceder al cargo de presidente no se sustenta en indicio alguno y es contradictorio con el hecho de que en su día se le permitiera presentarse a las elecciones y ocupar el cargo de diputado. El ordenamiento constitucional no reconoce que, a partir de su condición de investigados, exista una suerte de representantes públicos de segunda categoría, que pueden presentarse a las elecciones y obtener un escaño pero no concurrir al ejercicio de determinados cargos en virtud de un supuesto riesgo de cometer nuevos delitos. Tal interpretación es absolutamente contraria no



sólo a los derechos políticos, sino a la presunción de inocencia, pues supone anticipar efectos propios de la pena de inhabilitación a quien merece ser tratado como inocente a todos los efectos.

Por lo demás, los indicios que se citan en el Auto para avalar la tesis de que el diputado podría cometer nuevos delitos en caso de acceder a la Presidencia de ningún modo permiten sostener semejante pronóstico. En primer lugar, porque las manifestaciones contenidas en el Libro Blanco citado en el Auto no han sido en ningún momento suscritas por el recurrente ni se le pueden atribuir como propias; en segundo término, porque la existencia en Cataluña de un elevado número de votantes independentistas es algo que reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como la propia Sala han declarado que es perfectamente legítimo y no puede tomarse de ninguna manera como un indicio de futuros delitos lo que es puro ejercicio de la libertad ideológica; y, finalmente, porque la afirmación contenida en el Auto de que, supuestamente, existiría la voluntad de llevar a cabo una legislatura constituyente en caso de ser proclamado presidente, es algo que el Sr. Fidel en ningún momento ha manifestado ni en sus declaraciones ante el Sr. Instructor ni tampoco en sus manifestaciones en las redes sociales, como tampoco lo manifestó el Sr. Pedro Miguel -anterior candidato a la presidencia de la misma lista electoral- en su discurso de investidura antes de ser puesto en prisión.

Se trata, en consecuencia, de conjeturas -más que de indicios- sobre un supuesto riesgo de reiteración que en modo alguno permiten sostener su concurrencia y, menos aún legitimar los graves e irreversibles efectos de "inhabilitar" de facto para la presidencia a un diputado inocente, perturbando el normal funcionamiento de una institución parlamentaria y lesionando los derechos del electorado a ser representados por aquellas personas a las que han elegido democráticamente.

2. Es cierto, como resalta la parte repetidamente al desarrollar su escrito de recurso, que el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 proclama que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Y también lo es que el art. 23 dispone que: 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Sin embargo, ninguno de esos preceptos dice que esos derechos también los ejercerán en los mismos términos y condiciones los diputados que tengan el estatus de imputados por delitos graves cometidos en el ejercicio de la actividad política y con la condición actual de presos preventivos, que es el supuesto concreto que aquí se da.

Ya se consignó en el Auto dictado por esta Sala el 14 de marzo de 2018 que en casos como el presente, a la hora de compulsar derechos e intereses y de sopesar los valores constitucionales en liza, figura de un lado el derecho fundamental de participación política de un ciudadano que indiciariamente ha perpetrado actos encauzados a subvertir y cuartear el Estado de Derecho, contribuyendo de forma destacada a implantar un ordenamiento jurídico paralelo que se oponía y vulneraba frontalmente las normas capitales y las instituciones del Estado autonómico. Para lo cual intervino en conductas provisionalmente subsumibles en los delitos de rebelión o, en su caso, sedición.

De otro lado, deben sopesarse los bienes jurídicos tutelados por las normas penales aplicables (el orden constitucional en su ámbito más sustancial, el orden público, el funcionamiento de los servicios y la tutela del patrimonio público, y otros), así como el riesgo de que vuelvan a ponerse en peligro con nuevas conductas que los menoscaben con graves consecuencias para la convivencia ciudadana y la paz pública.

Ante un conflicto de valores y bienes jurídicos de esa naturaleza, no parece difícil asumir que el segundo grupo de bienes jurídicos deben prevalecer sobre el primero. Dado lo cual, sólo cabe sacrificar en mayor o menor medida los derechos fundamentales de quienes, indiciariamente, han subvertido y menoscabado bienes primarios del ordenamiento jurídico.

El recurrente hace especial hincapié en que su participación en la sesión parlamentaria en la que se le proponía como candidato a la Presidencia de la Generalitat no afectaría al orden público, ni tampoco pondría en riesgo los bienes jurídicos tutelados por las normas penales aplicables al caso en el supuesto de que su intervención en el Parlamento se produjera a través de videoconferencia realizada desde el centro penitenciario. A tenor de lo cual, interesa que se acceda a materializar su actuación parlamentaria en esa singular modalidad que propone.



Sobre este particular hay que hacer notar que la legitimidad constitucional de una investidura a distancia de naturaleza telemática o no presencial se encuentra en la actualidad sometida a enjuiciamiento constitucional y pendiente de resolución en dos procesos constitucionales ya admitidos a trámite: el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492/2018, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 2533/2018 que impugna determinados aspectos de la Ley del Parlamento de Cataluña, 2/2018, de 8 de mayo, de Presidencia de la Generalitat y del Gobierno. En ambos procesos constitucionales, ex artículo 161.2 CE, se ha acordado la suspensión de las resoluciones cuestionadas, por lo que se trata de una modalidad de intervención parlamentaria que en el caso concreto presenta notables visos de inconstitucionalidad por cercenar derechos fundamentales relacionados con las garantías de los debates parlamentarios.

**QUINTO.1.** En el escrito de recurso se sigue cuestionando la prisión provisional del recurrente y los criterios en que se fundamenta, alegando la parte que no encuentra razones para que el procesado no sea puesto en libertad y pueda así asistir a las sesiones del Parlamento de Cataluña.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional de la **prisión provisional** exige que su aplicación tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como fundamento, la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida ( SSTC 128/1995, 14/1996, 37/1996, 81/2004, 120/2004, 179/2005, 333/2006, 35/2007 y 79/2007, entre otras).

Pues bien, los dos factores que se han venido ponderando por el Juez de Instrucción en sus resoluciones para acordar y mantener la prisión provisional han sido el riesgo de fuga y el peligro de reiteración delictiva.

En lo que respecta al riesgo de fuga, conviene recordar que la función primordial de la prisión provisional es "asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga" ( art. 53.1.3º a) LECrim ).

No cabe duda de que se trata del fin paradigmático y prototípico de la prisión provisional, por ser el objetivo que mejor encaja en los caracteres de medida cautelar de carácter personal, fijándose en la Ley Procesal Penal como criterios y datos orientativos que han de integrar la base indiciaria del juicio de inferencia sobre el riesgo de fuga la valoración conjunta de la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, la situación familiar, laboral y económica de éste, así como la inminencia de la celebración del juicio oral...[ art. 503.1.3º a), párrafo segundo, LECr. ].

En el caso examinado, además de la gravedad de los hechos imputados -incluso aplicando el tipo penal más favorable para el imputado (sedición en lugar de rebelión)-, concurren unas circunstancias muy singulares que obligan a neutralizar el riesgo de fuga, pues al inicio de la causa se han fugado del territorio nacional cinco de los encausados. Y unos meses más tarde otros dos que, en una primera fase del proceso, habían acudido a las llamadas judiciales, pero que en un momento posterior consideraron conveniente abandonar el territorio nacional para evitar una posible vista oral del juicio.

Los indicios incriminatorios contra el recurrente son plurales y consistentes, a tenor de los datos objetivos que se recogen en el Auto de procesamiento y que aparecen reproducidos en la resolución recurrida. El procesado ha tenido un protagonismo relevante en los incidentes que tuvieron lugar ante la Consejería de Economía de la Generalidad de Cataluña el día 20 de septiembre de 2017, según se plasma con detalle en los datos fácticos indiciarios recogidos en el Auto de inculpación y en resoluciones posteriores.

También se destaca en las resoluciones del Magistrado Instructor la relevante presunta intervención del recurrente en la convocatoria de nuevas e importantes movilizaciones correspondientes a las fechas inmediatamente anteriores al día 1 de octubre, orientadas a protestar contra la actuación judicial del Tribunal Superior de Cataluña y a promover la celebración del referéndum, instigando a los ciudadanos mediante mensajes de Twitter a ocupar los centros de votación antes de la hora en la que estaba ordenada la intervención de los agentes del orden. Asimismo exhortó a que impidieran que los agentes policiales pudieran proceder a su clausura. Y promovió además que los ciudadanos acudieran masivamente a votar, pese a la prohibición, y los estimuló a que protegieran después el recuento de los votos frente a las actuaciones que pudieran desarrollar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El Tribunal Constitucional hace hincapié en sus resoluciones en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de realizar el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. De forma que, tal como se argumenta en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 27-6-1968: asunto Neumeister c. Austria ; de 10-11-1969: asunto Matznetter ; de 27-8-1992: asunto Tomasi



c. Francia ; y de 26-1-1993: asunto W c. Suiza ), si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto ( SSTC 128/1995 , 62/1996 , 60/2001 y 140/2012 ).

El supremo intérprete de la Constitución también tiene reiteradamente declarado que la gravedad de la pena no puede sustentar por sí sola la prisión provisional ( SSTC 29/2001 y 22/2004 ), y que el riesgo de fuga no puede derivarse exclusivamente de la gravedad de la pena y del delito ( SSTC 128/1995 , 47/2000 y 22/2004 ). Deben por tanto sopesarse la situación familiar, laboral y económica del imputado. Y así, por ejemplo, se ha referido en alguna ocasión a los contactos internacionales de un imputado ( STC 146/2001 ), circunstancia que en el presente caso tiene una especial relevancia, atendiendo a que siete de los imputados han huido a países europeos, en dos fases temporales diferentes según evolucionaba el proceso penal.

Pues bien, la evolución del procedimiento penal hacia la fase de juicio oral, la existencia de personas fugadas según avanzaba la tramitación de la causa, la facilidad con que hasta ahora han obtenido acogida en países de nuestro entorno los imputados, la ayuda económica con que indiciariamente cuentan, y la gravedad de las penas correspondientes a los tipos penales que se les atribuye, son factores que llevan a considerar que el Magistrado Instructor dispone de elementos para que esta Sala estime razonable hablar de riesgo de fuga en una tercera etapa, según avanza el procedimiento penal contra el recurrente.

**2.** En cuanto al segundo factor con que viene operando el Magistrado Instructor a la hora de aplicar la medida cautelar de prisión provisional: el riesgo de reiteración delictiva, ha tenido especial relevancia en la adopción de la resolución recurrida. Pues se argumenta en el Auto impugnado acerca de: 1º) La existencia de un contexto político en el que concurren todavía sectores que defienden explícitamente que debe conseguirse la independencia de Cataluña de manera inmediata, sosteniendo que debe lograrse perseverando en el mecanismo de secesión contrario a las normas penales que aquí se enjuicia; y 2º) Que estos sectores se ajustan a un plan de secesión que contempla abordar ilegalmente una legislatura constituyente.

Y, en lo que hace referencia al posible compromiso del procesado en participar en esta reiteración, afirma el Instructor que no puede eludirse que el Sr. Fidel ha revalidado su objetivo delictivo integrándose en una candidatura que proclama precisamente continuar ejerciendo el método de actuación que se enjuicia.

A ello incorpora en su argumentación la evolución del plan de secesión territorial que figura plasmado en el Libro Blanco del *Proces*, en el que se establecen los límites de actuación que tiene el Estado para evitar la vía unilateral hacia la independencia y la reacción que corresponde aplicar en cada momento.

En la resolución de esta Sala de 22 de mayo de 2018 ya se dijo que debe valorarse el contexto en el que se produciría una eventual recuperación de la libertad de los imputados, y en ese sentido, como ya se advertía en el Auto de 22 de marzo pasado, no existen indicios de que se haya abandonado de forma clara y definitiva la idea de forzar la colisión con el Estado con la finalidad de declarar la independencia, e imponerla por vías de hecho con el concurso de la movilización popular y, consiguientemente, con la alta probabilidad de enfrentamiento físico con los agentes que actúan para asegurar el cumplimiento de la ley.

En las manifestaciones públicas de las personas que han ocupado la cúpula de las instituciones autonómicas se sigue hablando de la posibilidad de la vía de la desconexión unilateral y por tanto de la segregación territorial del Estado. Y en ese contexto se propuso a uno de los principales presuntos protagonistas de los hechos delictivos, como es el recurrente, como nuevo Presidente de la Generalitat, a pesar de hallarse preso preventivo por actos de los que trata precisamente este recurso de apelación.

Una vez sopesado este acervo de datos objetivos, no es fácil desvirtuar la tesis del Magistrado Instructor centrada en que concurre un claro riesgo de reiteración delictiva si se contrasta la atmósfera socio-política que se respira en el ámbito institucional autonómico con la intervención en los hechos presuntamente delictivos que se le atribuyen en la causa al impugnante, hechos que figuran puntualmente desglosados en el fundamento cuarto del Auto recurrido.

**3.** Así las cosas, el Instructor no actúa irrazonablemente cuando deniega la libertad del imputado recurrente y tampoco permite su asistencia a la sesión de su posible investidura como Presidente de la Generalitat, pues para adoptar estas decisiones opera con criterios jurídicos acordes a la utilización de la prisión provisional como medida cautelar.

En virtud de los argumentos que se han venido consignando, esta Sala de Apelación considera que la prisión provisional como institución procesal cumplimenta en este caso las funciones específicas para las que ha sido establecida. Por cuanto, de una parte, concurren riesgos previsibles muy notables de que una tercera



fase de fugas de algunos de los imputados, entre ellos el ahora recurrente, pondría en graves dificultades la celebración de la vista oral del juicio, al convertir el número de acusados en una presencia meramente simbólica o testimonial.

Desde otra perspectiva, también se incurriría en una contradicción y en una incoherencia procesal si se dejara sin efecto la prisión preventiva en medio del clima institucional de reiteración delictiva que se aprecia en el núcleo de poder en el que se adoptaron las resoluciones más graves orientadas a implantar la ruptura territorial y política del Estado Español.

Y es que realmente no es nada habitual, sino algo extremadamente anómalo por irrazonable en el ámbito procesal, que cuando se comete un presunto delito por un grupo importante de personas que obran de forma organizada y estructurada, se acuerde la libertad provisional de los principales presuntos autores a sabiendas de que se van a incorporar al ámbito concreto en que en su día se desarrolló la actividad delictiva. Ámbito en el que, además, se pretende, indiciariamente, seguir operando con similares directrices delictivas, con el riesgo de que pasaran a ser ejecutadas por quienes están ahora presos preventivos precisamente por ser en su día protagonistas destacados de la dinámica del Proceso.

Como puede fácilmente comprenderse, no resulta lógico ni jurídicamente razonable que el Juez de Instrucción ponga en libertad a un imputado por hechos graves a sabiendas de que va a volver al escenario del presunto delito con un riesgo elevado de que se repitan los mismos hechos delictivos, visto el contexto socio-político que se vive y las líneas de actuación que se proyectan en el ámbito específico donde se desarrollaron los hechos ahora investigados.

Esta Sala opera, pues, en este caso con los mismos parámetros de la prisión provisional que aplicaría en cualquier otro supuesto en que se previera la reiteración delictiva por un grupo de personas que pretendieran reintegrarse al lugar en que ejecutaron los hechos por los que se hallan encausados, siempre que se diera una situación en que concurrieran claros visos de una posible repetición de la actuación delictiva. Circunstancia a la que ha de sumarse en esta ocasión la anteriormente referida del riesgo de fuga.

Por lo tanto, siguiendo baremos jurídicos de igualdad, y sin desconocer que en este caso los delitos se cometen dentro del espacio socio-político, pero atacando bienes jurídicos que el legislador considera de primera magnitud en la escala de valores que tutela el Código Penal (la soberanía nacional, la unidad de la Nación española y el sistema político y jurídico que impone la Constitución), no procede acoger el recurso formulado.

Se desestima, en consecuencia, el recurso de apelación formulado por la defensa del recurrente.

## **PARTE DISPOSITIVA**

### **LA SALA ACUERDA :**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del investigado Fidel , contra el Auto dictado por el Magistrado Instructor el 12 de abril de 2018 .

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes.

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

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet