

LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LOS CONDENADOS DEL *PROCÉS* PRE-TRIAL DETENTION OF THE CONVICTS OF THE *PROCÉS*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

Examen de las diferentes resoluciones judiciales adoptadas durante la instrucción en materia de prisión provisional. Considerada que, dada su naturaleza cautelar, debe ponerse un especial énfasis en la afectación de derechos fundamentales, singularmente en el derecho de participación política. Concurrencia de indicios suficientes de comisión de delitos y de la responsabilidad de los encausados. Valoración de su motivación por riesgo de fuga, riesgo de destrucción de pruebas y riesgo de reiteración delictiva. No se considera aceptable una solución puramente formalista, ya el TJUE ha resuelto que el Sr. Junqueras goza del privilegio de la inmunidad por lo que el cumplimiento efectivo de esta resolución debe suponer su excarcelación.

PALABRAS CLAVE

Prisión provisional, riesgo de fuga, riesgo de destrucción de pruebas, riesgo de reiteración delictiva, ejercicio de del derecho de participación política, inmunidad parlamentaria.

ABSTRACT

Review of the different judicial decisions adopted during the pre-trial phase in terms of pre-trial detention. Considered the precautionary character of this measure, a special emphasis should be put on the possibility of the violation of some fundamental rights, particularly the right to political participation. There is enough evidence of the commission of crimes and the responsibility of the prosecuted. Assessment of the justification regarding the risk of flight, the risk of destruction of evidences and the risk of reiteration of the criminal acts. A strictly formalist solution is not considered acceptable, due to the decision of the EJC ruling case concerning the immunity of Mr. Junqueras, whose effective implementation requires his release.

KEY WORDS

Pre-trial detention, risk of flight, risk of destruction of evidences, risk of reiteration of the criminal acts, realization of the right of political participation, parliamentary immunity.

LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LOS CONDENADOS DEL *PROCÉS*

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. La prisión provisional durante el procedimiento del *procés*. 2. La prisión provisional y los derechos fundamentales de los investigados. 3. Los razonables indicios del delito y de la responsabilidad. 4. La prisión provisional por riesgo de fuga. 5. La prisión provisional por riesgo de destrucción de pruebas. 6. La prisión provisional por riesgo de reiteración delictiva. 7. La prisión provisional y el ejercicio del derecho de participación política. 8. La adquisición de la condición de parlamentario estando en situación de prisión.

1. LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE EL PROCEDIMIENTO DEL PROCÉS

Aun cuando la Sentencia del TS 459/2019, de 14 de octubre, solamente señala en su FD G), y último, que: «Conforme dispone el art. 58 del CP, será de abono el tiempo de prisión preventiva padecido, en su caso, en la forma prevista en el art. 59 del mismo texto legal, en equivalencia que se fijará en ejecución de sentencia», la situación de privación de libertad de la mayoría de los acusados a lo largo de todo el procedimiento ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte del instructor del Tribunal Supremo, de la Sala de Recursos de la Sala Penal del mismo Tribunal (en adelante, Sala de Recursos) y de la Sala de enjuiciamiento que ha dictado la sentencia definitiva.

En este procedimiento penal, seguido ante el Tribunal Supremo por razón del aforamiento de varios de los acusados, se han dictado numerosas providencias y autos a lo largo de los casi dos años en los que se han desarrollado las actuaciones judiciales. Sin perjuicio de las resoluciones dictadas por otros tribunales que afectaban a algunos de los acusados, y tomando en consideración solamente las emitidas por la Sala de lo Penal del Alto Tribunal, en esta Causa especial (20907/2017) ha dictado bastante más de 200 autos, que resoluciones fundadas en derecho hubieron de pronunciarse sobre cuestiones bien diversas —desde fianzas y personaciones de algunas acusaciones hasta solicitudes de modificación de medidas cautelares—, reiteradas luego por vía de recurso de reforma o

de súplica, recurridas después a través de sucesivas apelaciones ante la Sala de Recursos y más adelante reproducidas con diferentes argumentos ante la Sala de enjuiciamiento, alzándose singularmente contra la prisión provisional que se había decretado para la mayoría de los acusados.

Antes de que esta Causa especial en el TS se abriera con motivo de una querrela interpuesta por la Fiscalía General del Estado el 30 de octubre de 2017 contra la presidenta y los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña, el Juzgado Central de Instrucción nº. 3 de la Audiencia Nacional había incoado las Diligencias previas 82/2017, en el curso de las cuales decretó el 16 de octubre de 2017 la prisión incondicional para los Sres. Cuixart y Sánchez.

En este procedimiento en la Audiencia Nacional, el 2 de noviembre de 2017 se acordó igualmente la medida de prisión provisional incondicional por los delitos de rebelión, sedición y malversación para el exvicepresidente y varios exconsejeros de la Generalitat cesados por la aplicación del art. 155 de la CE: los Sres. Junqueras, Romeva, Mundó, Turull, Rull, Forn y la Sras. Bassa y Borràs.

Las Diligencias previas de la Audiencia Nacional se acumulan a la Causa especial del TS 20907/2017 por ATS de 24 de noviembre de 2017, que acordó reclamar del Juzgado Central de Instrucción nº. 3 las actuaciones obrantes en aquellas Diligencias previas 82/2017, ampliando el espacio subjetivo de investigación en el TS.

Después de haber prestado declaración ante el instructor del TS, el 4 de diciembre de 2017 se decretó la libertad bajo fianza para seis de los miembros del Gobierno catalán encarcelados: los Sres. Romeva, Mundó, Turull, Rull y las Sras. Borràs y Bassa. Quedaron en prisión los Sres. Junqueras, Forn, Cuixart y Sánchez.

Tras el Auto de procesamiento, el 23 de marzo el instructor del TS volvió a ordenar la prisión incondicional de varios investigados que se encontraban en libertad: los Sres. Turull, Romeva, Rull y las Sras. Forcadell y Bassa.

La verdad es que la situación de prisión provisional de los investigados ha sido amplia y reiteradamente discutida a lo largo de esta instrucción. Se han producido recursos y peticiones que, por ejemplo en el caso de Junqueras, cuya privación de libertad se acordó el 2 de noviembre de 2017, ha sido objeto de reexamen en las resoluciones de 8 de noviembre de 2017, 5 de enero de 2018, 26 de julio de 2018, 28 de septiembre de 2018, 25 de enero de 2019, 11 de abril de 2019 y 14 de mayo de 2019.

De los doce acusados en esta Causa especial, nueve de ellos (Junqueras, Romeva, Bassa, Turull, Forcadell, Rull, Sánchez, Cuixart y Forn) se encontraban en prisión provisional meses antes de la celebración del plenario, y en esa situación procesal se mantuvieron durante todas las sesiones del juicio, mientras que tres (Vila, Borràs y Mundó) asistieron a las mismas en situación de libertad.

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INVESTIGADOS

Sin duda, la privación de libertad durante el procedimiento penal es la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria del presunto responsable mediante su ingreso en un centro penitenciario mientras se está sustanciando un proceso penal.

Puede decirse que la prisión provisional se sitúa en el «campo de tensión» entre dos deberes de Estado: el deber de perseguir eficazmente el delito y el deber de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano.

Es una medida materialmente idéntica a la pena más grave de las previstas en el catálogo penológico de nuestro sistema represivo porque con ella se le priva al investigado de su libertad de movimientos durante todo el curso del procedimiento, o durante una parte de él, sometiéndolo al régimen de vida ordinario del centro de reclusión donde ingrese, aun cuando su internamiento no está orientado a su reeducación y reinserción social, sino exclusivamente a que quede a disposición del tribunal.

Esta medida se adopta cuando todavía no ha recaído en el procedimiento una sentencia firme condenatoria. Por lo tanto, el investigado se encuentra amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia. La situación puede parecer, a todas luces, contradictoria o irrazonable, pues mientras se proclama que la persona es inocente y debe ser tratada como tal se le está privando de la libertad, exactamente como si ya hubiera sido condenado. Esta aparente paradoja solamente se puede salvar desde la consideración de la prisión provisional como una medida cautelar que viene exigida en el caso concreto por el propio proceso penal y cuya exclusiva finalidad es facilitar el desarrollo del mismo.

La naturaleza cautelar de la prisión provisional es lo que exige que, para que pueda ordenarse válidamente, se cumplan ciertos requisitos y que la medida responda solamente a unas finalidades concretas, de modo que esa prematura pérdida del derecho a la libertad encaje en la Constitución. En este sentido, resulta necesario tomar en consideración los parámetros de necesidad y de menor onerosidad propios de todas las medidas cautelares, dado que se adoptan cuando no hay una resolución judicial firme y que, en el proceso penal, el investigado está constitucionalmente amparado por la presunción de inocencia.

La garantía de la presunción de inocencia, que opera no solo como regla de juicio, sino también como regla de tratamiento (durante la sustanciación del procedimiento ha de tratarse como inocente a quien no ha sido condenado), exige que para, adoptar válidamente una medida que limite o prive al ciudadano de sus derechos «como si fuera culpable» es imprescindible contar con elementos suficientes (*fumus boni iuris*) y, además, que tal medida responda a exigencias específicas del proceso (*periculum in mora*), rechazando que cualquier otra finalidad pueda justificar la prisión provisional.

Como ha subrayado el TC, no puede pretenderse que la prisión provisional se exceda de lo que autoriza el respeto del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, que puede ceder en ciertos casos en favor de la eficaz persecución de los delitos.

La prisión provisional procederá, pues, cuando solo mediante su adopción pueda garantizarse el normal desarrollo del procedimiento penal (bien para evitar que el investigado pueda entorpecer la investigación, bien para garantizar su presencia física en todas las actuaciones, especialmente en el juicio oral) y, además, sea posible la ejecución de la pena de prisión que eventualmente llegara a imponerse (STC 35/2007). Cualquier otra finalidad que pretenda atribuirse a la prisión provisional excedería los límites y de los objetivos que le son propios.

Sin duda, el adecuado desarrollo del procedimiento penal debe considerarse como un valor constitucional digno de protección. Se trata de un elemento esencial de la justicia criminal, es decir, de la respuesta estatal frente a la delincuencia, pues en un Estado Derecho no puede determinarse la existencia de delitos, la responsabilidad de los partícipes y la pena que deban cumplir sin un previo proceso penal justo.

Sin embargo, el objetivo de la realización de la justicia penal, que puede aconsejar la privación o la limitación de algunos derechos fundamentales, encuentra a su vez límites en la Constitución y en las leyes porque no es un valor absoluto; ha de estar modulado y justificado en el caso concreto por otros valores y principios, y debe cumplir las exigencias legales, pues precisamente la obediencia a las garantías constituye la legitimación de la propia justicia criminal.

De la misma manera que la jurisprudencia constitucional ha entendido con acierto que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten modulaciones de acuerdo con su regulación legal y con la aplicación de principios que se desprenden de la propia Constitución —entre ellos el de proporcionalidad—, hay que considerar que la realización de la justicia penal tampoco puede pasar por encima de cualquier derecho fundamental o de cualquier principio constitucional. Precisamente en atención al principio de proporcionalidad se sostiene que en el curso de un proceso penal no cabe ordenar la privación de libertad cuando la conducta que se juzga no esté castigada con pena de prisión (así, el art. 495 de la LECrim dispone que «no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle»).

La prisión provisional incide de forma más inmediata y general en el derecho a la libertad de la persona contra quien se decreta. La medida afecta, obviamente, al ejercicio del **derecho fundamental a la libertad** ambulatoria reconocido en el art. 17 CE, puesto que la reclusión del afectado en un centro penitenciario le impide moverse por donde quiera y no le permite realizar las actividades que, de acuerdo con su propia voluntad, quiera desarrollar.

Pues bien, en la ponderación de los derechos fundamentales el derecho a la libertad individual merece una especial protección, ya que es la base para el ejercicio del resto de las libertades fundamentales y solo será legítimo que ceda en supuestos excepcionales. Por

eso, el art. 502.2 LECrim dispone que solo se adoptará esta medida *cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas* para el derecho a la libertad a partir de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Por más que la Constitución se limite a disponer que «[...] por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional» (art. 17.4 *in fine*), no es constitucionalmente indiferente, ni mucho menos, la finalidad que pretenda lograrse con la prisión provisional. No basta solo que la ley establezca un plazo máximo de duración, dado que no sería legítimo perseguir cualquier finalidad que el legislador considerase oportuna.

Es importante dejar sentado que, en vía de principio, la prisión provisional se regula en la ley procesal como una medida cautelar; es decir, se trata de una medida concebida para garantizar que el proceso penal se puede desarrollar, y que lo hará con normalidad, evitando trabas, dilaciones o suspensiones que puedan incluso impedir que se dicte la sentencia.

El ordenamiento jurídico no permite que se frustre el bien jurídico de la realización de la justicia penal, y pretende que los órganos jurisdiccionales penales investiguen y resuelvan sobre la existencia de un delito e impongan la correspondiente sanción; frente a las legítimas maniobras del investigado para evitar la condena —desde intentar sustraerse la justicia hasta intentar destruir, ocultar o manipular pruebas—, la ley establece medidas correctoras de esas posibles actividades, que pueden llegar hasta la privación de la libertad del sometido al procedimiento penal.

Al propio tiempo, la pérdida de la libertad puede incidir de manera directa en otros derechos que, debido a su encarcelamiento, el individuo sometido a la prisión provisional se ve impedido de ejercitar como consecuencia de la medida cautelar. Uno de los derechos cuyo ejercicio puede verse afectado directa o indirectamente es el **derecho de participación política** del art. 23 CE cuando un candidato ya ha sido elegido, en la medida en que la actividad política se realiza fundamentalmente en la sede de un órgano legislativo determinado y requiere su presencia.

Este derecho fundamental tiene una **vertiente subjetiva** para el elegido: acceder la función parlamentaria con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), es decir, un derecho de acceso a los cargos representativos que, como afirma en STC 155/2019 de 28 de noviembre (FJ 15 A a), implica necesariamente el derecho a «[...]mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley sin constricciones o perturbaciones ilegítimas de todas aquellas facultades que pudieran considerarse pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno [SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 71/1994, FJ 6; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 b); 11/2017, de 10 de enero, FJ 3 a); y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 a)]».

Esta vertiente subjetiva no consagra un derecho absoluto, pues se puede ver afectada por limitaciones o restricciones legislativas: desde las explícitas condiciones de elegibilidad hasta otras limitaciones implícitas, siempre que persigan un objetivo legítimo, que no sean desproporcionados, que se abra una vía de recurso y que se ponderen los intereses del sometido a la medida y los de la sociedad, así como el correcto desarrollo de

la justicia (STEDH, de 20 de noviembre de 2018, caso *Demirtas vs. Turquía*). Dentro de estas limitaciones se encuentra la prisión provisional, siempre que se acuerde respetando todas las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

El derecho de participación política tiene también una **dimensión institucional** que corresponde a todos los ciudadanos: participar en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE). La justificación de la limitación —a través de la prisión provisional— del derecho de representación política, especialmente del ejercicio del derecho colectivo de los ciudadanos a intervenir en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos, que es la esencia y el sentido de la democracia representativa, encuentra si cabe muchos más impedimentos.

Por lo tanto, la justificación de la necesidad de la medida («[...] cuando objetivamente sea necesaria», dice el art. 502.2 LECrim), y de su menor onerosidad («[...] cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad» con las que puedan alcanzarse los mismos fines, dispone el mismo precepto) debe ser especialmente intensa si con la prisión provisional resulta afectado no solo el derecho a la libertad, lo que sucede por definición en todos los casos, sino también el derecho de representación política cuando la persona contra la que se acuerda hubiera obtenido la confianza de los ciudadanos y hubiera sido proclamado electo.

Podría argumentarse que la prisión provisional también limita o restringe **otros derechos fundamentales** como el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), el derecho a la igualdad de armas o al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) o el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Si bien es cierto que la preparación de las actuaciones defensivas queda de algún modo afectada si el acusado se encuentra en prisión porque este no puede disponer de las mismas oportunidades que si estuviera en libertad, estas diferencias no inhabilitan radicalmente la prisión provisional, siempre que esta se encuentre debidamente justificada, pues la limitación en la preparación de la defensa puede suplirse con otras medidas aun dentro del centro penitenciario.

No es preciso reiterar que la prisión provisional provoca una tensión y una contradicción entre la pérdida de la libertad y la presunción de inocencia, pero hay que reconocer que este «mal necesario» de la privación de libertad durante el proceso impone por su propia naturaleza que las situación de los acusados que se hallan en libertad y la de aquellos otros que están en prisión sean diferentes, lo cual no impide ni hace claudicar el ejercicio del derecho de defensa.

Así lo entendió la Sala de enjuiciamiento del TS en el presente caso cuando diferentes acusados plantearon esta cuestión (AATS de 28 de septiembre de 2018, reproducido en los posteriores de 10 de diciembre de 2018, 14 de enero de 2019). El TS señaló que tampoco se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues los acusados pueden sentarse en el juicio junto a sus abogados, garantizándose así «[...]una comunicación fluida y permanente durante todo su desarrollo», y en los recesos y en el tiempo de la comida pueden entrevistarse libremente con ellos (ATS de 11 de abril de 2019).

3. LOS RAZONABLES INDICIOS DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD

Los dos presupuestos generalmente asumidos para sustentar cualquier medida cautelar son la apariencia de buen Derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo de frustración de la finalidad del proceso si la medida no se adopta (*periculum in mora*).

La apariencia de buen Derecho se manifiesta en las medidas cautelares penales adoptadas tras la imputación de una conducta delictiva a una persona determinada y consta de dos elementos, el elemento objetivo y el subjetivo, que deben desprenderse de las propias actuaciones judiciales.

Por supuesto, es necesario que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de un *delito* (art. 503.1.1º LECrim) que lleve aparejada una pena privativa de libertad de cierta gravedad, pues en atención también al principio de proporcionalidad no podrá decretarse una medida que suponga la pérdida de la libertad si el hecho delictivo carece de reproche suficiente y la sanción esperada es menor, aunque se trate de una pena de prisión (cabe recordar, respecto a la detención, que es una medida de más corta duración que la ley no la autoriza por simples faltas, art. 495 LECrim). La Ley establece como criterio general que el delito imputado ha de estar castigado con *pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión*.

Como elemento subjetivo del *fumus*, es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer *responsable criminalmente* del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (art. 503.1.2º LECrim).

Precisamente a justificar la existencia de estos elementos, la realidad de los hechos investigados y su gravedad (incluyendo su encaje en el tipo penal de la rebelión), así como a exponer la participación que tuvieron en tales hechos los diferentes investigados, se dedican la mayor parte de las resoluciones judiciales relativas a la prisión provisional de la Causa especial 20907/2017, singularmente los primeros autos y hasta el auto de procesamiento.

Es claro que el órgano judicial que ordena la medida de privación de libertad ha de tener muy presente que debe explicar sus «motivos bastantes» o sus «razonables sospechas» porque son el elemento que opera, en criterio del TEDH, como condición necesaria para adoptar y mantener la medida cautelar (SS 10 noviembre 1969, caso *Stögmüller vs. Austria*; 28 marzo 1990, caso *B. vs. Austria*; 26 junio 1991, caso *Letellier vs. Francia*; 27 noviembre 1991, caso *Kemmache*; 12 diciembre 1991, caso *Toth*; 12 diciembre 1991, caso *Clooth*; 27 agosto 1992, caso *Tomasi*, y 26 enero 1993, caso *W. vs. Suiza*).

Con todo, la prisión provisional, como dispone el art. 502.2 de la LECrim, «[...] solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

La competencia para establecer los hechos que indiciariamente integran la actuación delictiva en la que se apoya la prisión provisional queda en manos del instructor y, todo lo más, del órgano de apelación cuando la medida fuera recurrida. Aun cuando afecta a

derechos fundamentales esenciales cuya vulneración no podría reponerse, la doctrina constitucional no autoriza su revisión por el TC, salvo por la vía de falta de fundamentación o por errores de razonamiento.

Los hechos a los que se refiere esta causa, sentados indiciariamente por el instructor y corroborados luego por la Sala de Apelación, no pueden ser revisados en la instancia constitucional, pues como declara la STC 155/2019, de 28 de noviembre (FJ 12), que resolvió un recurso de amparo interpuesto por el Sr. Junqueras, «[...] es a la jurisdicción ordinaria a la que correspondía dilucidar si concurrían elementos fácticos y jurídicos en que se asentaban los indicios de criminalidad que sustentaban la medida cautelar, de modo que no resolvemos si concurren esos factores, sino únicamente realizamos un control externo acerca de la suficiencia y razonabilidad del juicio valorativo llevado a cabo por los órganos judiciales. Por ese motivo, este Tribunal no puede resolver la denuncia de vulneración como si fuera una instancia facultada para revisar con plenitud los hechos que se estiman indiciariamente acreditados y la calificación jurídica que se les ha asignado. No nos corresponde decidir, hemos de insistir en ese punto, sobre si los órganos judiciales han procedido acertadamente al esclarecer los vestigios de criminalidad o si, por el contrario, resulta ser más adecuada la propuesta alternativa por la que postula el demandante, con riesgo de contravenir la función que constitucionalmente nos corresponde y, en consecuencia, extralimitarnos en nuestro cometido». El TC se limita a constatar, por tanto, que la motivación alcanza la suficiencia e individualización requeridas y no aprecia quiebras lógicas en la fundamentación o juicios de inferencia manifiestamente irrazonables.

Pues bien, en el presente caso, las sucesivas resoluciones judiciales dictadas sobre la prisión provisional han ido perfilando y concretando los hechos presuntamente delictivos con suficiente precisión como para considerar colmada la exigencia de la explicación judicial del presupuesto del *fumus boni iuris* de la medida adoptada conforme iba avanzando la investigación.

(i) En las DP 82/2017, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó el Auto de 16 de octubre de 2017, decretando la prisión provisional comunicada y sin fianza de los Sres. Sánchez y Cuixart, extendiéndose la resolución en su mayor parte a la descripción de los hechos, pero limitando el razonamiento sobre alguna de las finalidades que justificara la prisión provisional a unas frases en realidad poco explicativas. Se alude por una parte a que se evalúa el riesgo de fuga por la gravedad del delito y de las penas y se hace referencia a la «tentación de huida». Por otra parte, se dice que hay riesgo de reiteración delictiva porque los investigados «[...] vienen operando dentro de un grupo organizado de personas» que realizan actividades dirigidas «[...] a lograr fuera de las vías legales la independencia de Cataluña frente al resto de España en un proceso que todavía se encuentra en marcha». Finalmente se aprecia, dice el Auto, la alta probabilidad de que los investigados «[...] puedan proceder a ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba, como se pone de manifiesto a través de la actividad ya protagonizada por los mismos en este sentido», realizando «[...] actividades semejantes a las que han motivado su investigación, dificultando e impidiendo las medidas de investigación, registros y detenciones que habían sido acordadas».

(ii) Dos semanas después, en las mismas DP 82/2017, este Juzgado Central de Instrucción dicta el Auto de 2 de noviembre decretando la prisión provisional comunicada y sin fianza de los Sres. Junqueras, Turull, Romeva, Rull, Forn, Mundó y las Sras. Bassa y Borràs. La resolución dedica las tres cuartas partes a describir los hechos presuntamente delictivos, es decir, los presupuestos

que justifican el *fumus* y al final, en página y media, despacha algunas consideraciones sobre los fines de la medida cautelar, y parece acogerla tanto por el riesgo de fuga, como de destrucción de pruebas, como de integración en un grupo organizado, como de reiteración delictiva, con una escasa argumentación.

(iii) Una semana después, incoada en el Tribunal Supremo la Causa especial 20907/2017, contra los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña, el instructor dictó el Auto de 9 de noviembre tras la vista de prisión provisional, medida que la Fiscalía había solicitado para las Sras. Forcadell, Simó y Barrufet y los Sres. Corominas y Ginó. El magistrado se explaya en esta resolución con una descripción extensa sobre los elementos fácticos de la conducta presuntamente delictiva, es decir, justificando la existencia de un delito a criterio del instructor; con este fin detalla, a partir de sentar la existencia de una rebelión, el alzamiento violento y público, señalando diferentes resoluciones del Parlamento de Cataluña, la creación de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, aludiendo a las decisiones anulatorias del TC, la presentación de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación, y de la reposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, así como de la hoja de ruta del proceso de independización. Razona luego el Auto en varias páginas sobre la violencia exigida para el delito de rebelión y sobre los hechos que pueden integrar otras figuras delictivas. Como luego se expondrá más ampliamente, en las tres últimas páginas se contienen las consideraciones del instructor sobre los fines de la prisión provisional.

(iv) El 4 de diciembre de 2017, el Instructor del TS dictó un Auto en el que resuelve la solicitud de diez de los investigados sobre la modificación de la medida de prisión provisional dictada contra ellos por el Juzgado Central, una vez que el 24 de noviembre se había acordado la acumulación a la causa especial 20907/2017 en el TS la eventual depuración de la responsabilidad criminal en que hubieran podido incurrir los Sres. Puigdemont, Junqueras, Turull, Romeva, Comín, Rull, Forn, Puig, Mundó, Vila, así como Sánchez y Cuixart, y las Sras. Bassa, Borràs, Ponsatí y Serret por los hechos por los que eran investigados en las DP 82/2017 del JCI nº 3. En esta resolución el instructor argumenta esencialmente sobre las finalidades de la prisión provisional —que luego se examinan—, si bien en el Segundo Razonamiento Jurídico responde a la solicitud de Jordi Cuixart sobre los hechos delictivos y su participación en la presunta rebelión, en donde a partir de la llamada «hoja de ruta» y del documento *Enfocats* se afirma que a pesar del civismo de decenas de miles de ciudadanos llamados a las movilizaciones «[...] se constató la infiltración de numerosos comportamientos violentos y agresivos, que reflejaban el violento germen que arriesgaba expandirse y que, desde el momento en que algunos fueron impulsados y capitaneados por el investigado solicitante muestran los indicios de responsabilidad que se niegan en el escrito de libertad que ahora se analiza».

(v) Este Auto fue recurrido en apelación por el Sr. Junqueras y se resolvió por el Auto de 5 de enero de 2018 de la Sala de Recursos que, respondiendo a las alegaciones del recurrente, se refiere a los indicios delictivos y al riesgo de reiteración delictiva. La Sala expone el papel del recurrente como vicepresidente de la Generalitat desobedeciendo las resoluciones del TC, incluyendo el intento de celebrar un referéndum «[...] que el TC había declarado fuera de la Constitución y de la Ley, han proclamado los resultados de las votaciones que pudieron llevarse a cabo, y han llegado a proclamar la independencia de Cataluña»; de ese modo, «[...] en ejecución de su plan y acudiendo a vías de hecho, se han alzado contra el Estado español, contra la Constitución, contra el Estatuto de Autonomía de esa Comunidad y contra el resto del ordenamiento jurídico». Estos hechos, siendo «[...] de tan enorme gravedad, y aunque pudieran calificarse ya como delitos de desobediencia, todavía no puede decirse, aunque sea provisionalmente, que constituyan los delitos de rebelión o de sedición, que le han sido imputados»; para ello es preciso determinar los actos violentos encaminados a lograr la independencia (para el delito de rebelión) o los actos que

puedan considerarse como un alzamiento público y tumultuario. El Sr. Junqueras alega la falta de un juicio de imputación mínimamente desarrollado, o que «[...] ninguno de los hechos que se califican como violentos (obstaculizar el registro de una empresa; cortes de carreteras, actos de resistencia pasiva) se efectúa un juicio sobre por qué el recurrente tendría una posición de dominio, qué órdenes habría dado y que intervención tuvo en tales hechos», de modo que no existen datos que permitan sostener la comisión de un delito de rebelión ni indicios de su participación. Frente a estas alegaciones, el Auto de la Sala hace referencia a las diferentes resoluciones que se adoptaron en el Parlamento de Cataluña y se afirma que «[...] de forma directa o indirecta, bien mediante declaraciones en el sentido de expresar la disposición a actuar ignorando las decisiones contrarias de los órganos del Estado, o bien convocando manifestaciones, se incitaba a sus partidarios a la movilización, como indispensable elemento de refuerzo de la acción política orientada a la obtención de aquel objetivo». Esta actuación para forzar al Estado a aceptar la independencia hacía previsible que, con una altísima probabilidad, se produjeran actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia, de modo que «[...] asumían, aunque pudieran no desearlo, la presencia de actos de violencia que, de producirse, no podrían situarse como extralimitaciones fuera del marco del plan aceptado por todos». El planteamiento de que la declaración de independencia se realizaría de forma unilateral tras el referéndum prohibido, «[...] contando con movilizaciones populares para forzar al estado a claudicar, suponía una muy alta probabilidad de enfrentamiento físico con episodios inevitables de violencia», aludiendo a los sucesos del 20 y 21 de septiembre. Se refiere luego el Auto a la participación del Sr. Junqueras en los hechos y reconoce que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos, ni que diera órdenes directas en tal sentido; sin embargo, «[...] mediante la defensa pública de la independencia unilateral y fuera de toda consideración y respeto a la ley vigente en el Estado del que Cataluña forma parte, mediante la incitación a los ciudadanos a desobedecer las resoluciones del Tribunal Constitucional, con la pretensión de hacer ejecutivas las resoluciones que aquel declaraba nulas, y mediante la invocación de la defensa del derecho al voto aunque fuera extramuros de la ley, ha impulsado a los partidarios de su posición a movilizarse públicamente, ocupando espacios públicos, con la finalidad de hacer efectiva la declaración unilateral de independencia»; los investigados «[...] sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos», y que haría uso legítimo, proporcionado y justificado, de la fuerza, por lo que «[...] era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia». Se refiere luego a los indicios de un posible delito de sedición y a los que abonarían la comisión de un delito de malversación.

(vi) El Auto del instructor de 2 de febrero de 2018 resuelve negativamente la petición de libertad que interesaba la representación procesal del Sr. Forn, alegando para ello que no existen indicios de su contribución causal al hecho típico y a la falta de datos que sostengan la prognosis de reiteración delictiva. Para desvanecer las alegaciones del solicitante, el Auto se basa esencialmente en el documento *Enfocats*, en la declaración testifical del coronel de la Guardia Civil, Pérez de los Cobos, que reproduce extensamente, así como en actos concretos del Sr. Forn, quien desde el cargo político que ejercía «[...] aprovechó el dominio orgánico y funcional sobre el cuerpo de agentes para conducir las actuaciones policiales al éxito del referéndum del que dependía la declaración de independencia».

(vii) El Auto de 17 de abril de 2018, de la Sala de Recursos, resuelve la apelación planteada por el Sr. Jordi Sánchez solicitando permiso para acudir a la investidura como presidente de la Generalitat. Hace un repaso por todos los hechos relatados por el instructor, que asume, así como el desarrollo del *procés* y la gravedad de todos los hechos, y alude a hechos que se dilataron en el tiempo, «[...] debidamente planificados y orientados a una “ruptura estructural” del Estado de Derecho y de la convivencia social, generando un clima de desasosiego en la ciudadanía, que asistió estupefacta a lo que consideraba un incumplimiento permanente, reiterado y ostentosamente público de

las normas más elementales del ordenamiento jurídico y de las decisiones de los Tribunales con mayores competencias para hacer cumplir su observancia».

En esta posición de reiteración de los indicios, sin elementos nuevos que autoricen una valoración diferente, se sitúan las resoluciones dictadas por la Sala de enjuiciamiento en los AATS de 12 y 28 de septiembre o 19 de noviembre de 2018.

La medida se intentó revertir en numerosas ocasiones mediante la presentación de numerosas solicitudes y recursos, aunque el criterio del TS no cambió, y mantuvo los elementos fácticos que justificaban la prisión provisional. Incluso cuando el Sr. Sánchez intentó obtener en la jurisdicción constitucional la suspensión de la prisión provisional decretada, el TC la denegó.

En el ATC 38/2018, de 22 de marzo, se considera que, cuando la privación de libertad deriva de la adopción de una medida cautelar, la regla general es la denegación de la suspensión de la medida porque en el fondo se estaría revisando la resolución judicial y ello equivaldría a un otorgamiento anticipado del amparo, invocando a este respecto la doctrina del ATC 332/1996, de 11 de noviembre, y se afirma (FJ 4) que «[...] si el Tribunal Constitucional levantara la medida cautelar de prisión, estaría negando, de hecho, aunque no entrase a formular argumentación alguna al respecto, la concurrencia de los presupuestos jurídicos que han llevado a la adopción de la medida por la jurisdicción ordinaria, y que son, en principio, los que se discuten al interponer la demanda de amparo. Y no solo eso, sino que la suspensión de eficacia de los Autos que decretan la prisión provisional, negaría toda virtualidad a la finalidad de la propia prisión cautelar y a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida que nuestra jurisprudencia ha reconocido, esto es la evitación del riesgo de fuga, o de obstrucción del normal desarrollo del proceso, o de reiteración delictiva (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2) fines que, por su perentoriedad, determinan justamente que la ejecución de la prisión preventiva no pueda ser pospuesta o diferida a un momento posterior, a diferencia de lo que ocurre con la pena de prisión».

4. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE FUGA

Dado que en nuestro sistema procesal penal «[...] la celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor» (art. 786.1 LECrim), su ausencia en el momento del plenario llegaría a impedir su celebración y se frustraría de ese modo la posibilidad de dictar sentencia en el proceso, dejando imprejuizada la cuestión penal: la existencia de delito y la pena que se ha de imponer.

A fin de asegurar mejor el derecho de defensa y la efectiva contradicción en el plenario, la ley procesal española exige que, para celebrar el juicio, el acusado esté a disposición efectiva del tribunal, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, que permiten el

enjuiciamiento en ausencia cualesquiera que sean la pena solicitada y la que efectivamente se imponga.

Es verdad que, desde la reforma de diciembre de 1988, cuando la LECrim introdujo el procedimiento abreviado, se permite el enjuiciamiento del acusado contumaz siempre que *i)* se trate de una ausencia injustificada, *ii)* el acusado haya sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que él mismo hubiera designado, *iii)* lo pida la acusación y sea oído el defensor —que debe estar necesariamente presente—, *iv)* el juez estime que existen elementos suficientes para poder enjuiciarlo y *v)* la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o de seis años si se tratara de pena de diferente naturaleza.

En todos los demás casos, es preceptiva la presencia física del acusado en el acto del juicio oral. Con el fin de permitir que el proceso penal se dirima, la ley puede ordenar medidas cautelares que vinculen o sujeten a la justicia penal a la persona que probablemente figurará como acusado, y esta sujeción puede llegar incluso a la privación de su libertad cuando se tema fundadamente que intentará sustraerse a la acción de la justicia.

Precisamente, conjurar el riesgo de fuga es la primera de las finalidades que la LECrim asigna a la prisión provisional tras la reforma de 2003, siguiendo reiteradas resoluciones del TC (SSTC 128/1995, 47/2000 o 23/2002) que ponderan la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga. Así, la ley procesal dispone que esta medida se puede decretar para «[...] asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga» (art. 503.1.3º.a), evitando que se sitúe fuera del alcance de la justicia y eluda su acción (como se había dicho en las SSTC 33/1999, 14/2000 y 169/2001).

Como sigue diciendo el art. 503.1.3º.a), el juez habrá de atender conjuntamente a los diferentes factores que puedan generar el riesgo de fuga, entre los que enuncia la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse, la situación familiar, laboral y económica del investigado, así como la inminencia de la celebración del juicio oral. La LECrim señala que el elemento a valorar para considerar el peligro de fuga son los antecedentes que resulten de las actuaciones, cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

Pues bien, el pronóstico de fuga, el riesgo de que los acusados pudieran escapar a la acción de la justicia española, ha estado presente en diferentes resoluciones de los tribunales, primero en los autos del Juzgado Central núm. 3, que lo apreció para los investigados Sres. Sánchez y Cuixart y luego para el Sr. Junqueras y otros, y por eso ordenó su privación de libertad. Y la verdad es que, como es de sobra conocido, otros procesados —los Sres. Puigdemont, Comín, Puig y las Sras. Serret (Bélgica), Rovira (Suiza) y. Ponsatí (Escocia)— habían huido de la justicia española.

En la Causa especial 20907/2017, el instructor del TS consideró en el Auto de 9 de noviembre de 2017 sobre las medidas solicitadas para los miembros de la Mesa del Parlament, que la gravedad del delito y de la pena resultaban innegables (a mayor gravedad, más intensa cabe presumirse la tentación de huida y mayor el perjuicio a los fines de la justicia). Sin embargo, entiende el instructor que es preciso individualizar la intervención de cada investigado, situando en una posición preeminente a la Sra. Forcadell. No obstante, como

el objeto de la medida cautelar «[...] no es iniciar ejemplificativamente el cumplimiento de la pena» que pudiera llegar a imponerse, sino impedir la fuga y, aunque ese riesgo exista realmente, «[...] se difumina por haberse presentado cuantas veces han sido citados por el TSJC, así como por este instructor» y «[...] ser manifiesto el contraste con otros encausados en este proceso que se encuentran actualmente fugados»; por tanto, ese riesgo no era suficiente para ordenar la prisión provisional incondicional.

El instructor del TS utiliza ese mismo criterio en el Auto de 4 de diciembre de 2017 para no apreciar el riesgo de fuga en los investigados Sres. Junqueras y otros, aduciendo que todos ellos cuentan con un profundo arraigo personal, laboral y social en Cataluña y tiene en cuenta su disposición por atender los llamamientos judiciales que, «[...] si bien no aporta ninguna certeza para el futuro, sí es el empírico reflejo de que libremente rechazaron la huida que emprendieron otros encausados». Ello no obstante, aprecia riesgo de reiteración delictiva en distinto grado y mantiene en prisión a los Sres. Junqueras, Forn, Cuixart y Sánchez.

Con carácter general, a medida que pasa el tiempo se va desvaneciendo el riesgo de fuga, como así lo reconoce el ATS de 18 de junio de 2018, invocando la doctrina de nuestro TC, pues el juicio de ponderación sobre el riesgo de fuga debe tener en cuenta el momento inicial y el mantenimiento de la medida pasados unos meses y, como argumenta el TEDH «[...] (sentencias de 27-6-1968: asunto *Neumeister vs. Austria*; de 10-11-1969: asunto *Matznetter*; de 27-8-1992: asunto *Tomasi vs. Francia*; y de 26-1-1993: asunto *W. vs. 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)».

Sin embargo, el riesgo de fuga, que había desaparecido de las resoluciones de los tribunales desde el Auto de noviembre, vuelve a aflorar de nuevo en el Auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, a partir de la ponderación de la gravedad de la pena y de la proximidad del enjuiciamiento y, en palabras del instructor, «[...] de otra pluralidad de factores», a saber: *i)* el claro desprecio de los procesados al acatamiento de las decisiones de la autoridad judicial, *ii)* su pertenencia a un amplio colectivo que se solidariza con su causa por compartir las motivaciones que llevaron a los procesados a cometer sus delitos y «[...] que cuenta con estructuras asociativas organizadas, asesoramiento legal especializado, relevantes recursos económicos derivados de las aportaciones de sus asociados, así como con armazones internacionales desarrollados en los últimos años para la defensa de sus planteamientos y en condiciones de prestar soporte», y *iii)* el hecho de compartir propósito con encausados que han buscado refugio en terceros países «[...] con sustento económico y organizativo».

Todo ello aunque, como se reconoce en el Auto de 23 de marzo de 2018, dictado para decretar medidas cautelares personales, los investigados han comparecido siempre que han sido llamados; pero según la investigación se ha producido una clara desobediencia las de-

cisiones de la autoridad judicial, que los procesados han desatendido de manera contumaz y sistemática en los últimos años. Por otro lado, «[...] no se aprecia en su esfera psicológica interna un elemento potente que permita apreciar que el respeto a las decisiones de este instructor vaya a ser permanente, ni por su consideración general al papel de la justicia, ni porque acepten la presunta ilegalidad de la conducta que determina la restricción de sus derechos».

Claramente, puede apreciarse que estas dos circunstancias están alejadas del riesgo de fuga, dado que tanto el incumplimiento de las resoluciones judiciales como la voluntad de respetarlas, o no, en el futuro nada tienen que ver con el deseo o la voluntad de ponerse fuera del alcance de la justicia. Sin embargo, dejando a un lado el dato de la gravedad de las penas que se perfilaban en el auto de procesamiento, el argumento de la existencia de un colectivo que se solidariza con la causa y que cuenta, como se repite en este Auto, con estructuras organizadas, asesoramiento legal y recursos económicos puede servir efectivamente como soporte para apreciar el riesgo de fuga que autoriza la prisión provisional.

La invocación a la estructura organizativa de apoyo, a su consistencia económica y a los contactos internacionales que permitían a quienes ya se habían fugado mantener una apariencia de vida normalizada fuera de España se repite en el ATS de 17 de mayo de 2018, de la Sala de Recursos, que afirma: «[...] la posibilidad de que los recurrentes consideren una opción atendible la huida de la acción de la Justicia española, que ya se aprecia de forma suficiente en atención a las demás circunstancias más arriba citadas, se incrementa, y debe ser evitada para asegurar la tramitación adecuada del proceso. En ese sentido se justifica la prisión provisional».

5. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS

La segunda finalidad que legítimamente puede perseguir la adopción de la prisión provisional es evitar el riesgo de destrucción, ocultación o alteración de fuentes de prueba «[...] relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto» (art. 503.1.3º.b), para lo que se atenderá a la capacidad de acceder por sí mismo o por terceros a las pruebas o de influir en otros presuntos responsables, testigos o peritos si continúa en libertad.

Esta justificación se utilizó también en este caso por sendos Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 3. El de 16 de octubre de 2017 consideraba que la probabilidad de que los Sres. Sánchez y Cuixart pusieran en riesgo la prueba era alta, dificultando e impidiendo medidas de investigación, registros y detenciones que habían sido acordadas, aunque con anterioridad señalara que la finalidad última de las movilizaciones era conseguir la celebración del referéndum y la proclamación de una república catalana. En el auto de 2 de diciembre de 2017 consideró asimismo que los Sres. Junqueras y otros podían poner

en riesgo la prueba «[...] teniendo en cuenta los cargos que han ostentado hasta hace tan solo unos días».

Ya en el TS, el instructor razonó en el Auto de 9 de noviembre de 2017 sobre el riesgo de destrucción de pruebas que la actividad de los investigados, miembros de la Mesa del Parlament, es pública y aparece en los diarios de sesiones. Por lo tanto, decreta la prisión para la Sra. Forcadell —eludible mediante fianza— y la libertad provisional con fianza para los otros cuatro.

Finalmente, en el ATS de 4 de diciembre de 2017 el instructor considera que no aparece específicamente que los investigados hayan podido adoptar actuaciones o decisiones —individuales o colegiadas— orientadas a la hipotética destrucción de los vestigios derivados de su participación, sin otorgar valor decisivo a la incautación de unos documentos que se iban a incinerar por que la Fiscalía no proporcionó más información.

Por lo tanto, una vez en marcha el procedimiento, realizados los registros y con la documentación ya obtenida, se consideró que no existía riesgo de que resultaran afectados los elementos probatorios, o al menos que no sería de una intensidad tal que justificara la adopción una medida tan grave como la prisión.

Además, como la concurrencia de cualquiera de las finalidades es suficiente para ordenar la prisión provisional (no se trata de causas acumulativas), al considerar el instructor que en este caso concurrían ya otras justificaciones más evidentes de la medida, como el riesgo de fuga y el riesgo de reiteración, no tuvo que realizar mayores esfuerzos argumentales sobre el riesgo del material probatorio.

6. LA PRISIÓN PROVISIONAL POR RIESGO DE REITERACIÓN DELICTIVA

Hay una ulterior finalidad legal que autoriza la prisión provisional: evitar la reiteración delictiva, «[...] el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos»; para valorar la existencia de este riesgo «[...] se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer» (art. 503.2 LECrim).

La reiteración delictiva queda fuera de las finalidades propias de la medida cautelar, y por eso se reconoce en otro apartado del precepto, aun cuando está respaldado por criterios tanto del TC (SSTC 40/1987, 47/2000, 207/2000 y 217/2001) como del TEDH. Sin embargo, teniendo en cuenta los principios constitucionales no puede compartirse este criterio, dado que, si se toma en consideración en puridad se estaría partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional con un fin de prevención especial.

La propia terminología que con más frecuencia se utiliza para expresar esta idea de reiteración —probable comisión de «otros» o «ulteriores» delitos— deja entrever que esta concepción se asienta en la presunción de culpabilidad. La privación de libertad se entendería como un remedio frente a la temida pligrosidad del presunto responsable, aunque

la valoración de la peligrosidad solo puede encontrar su fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa, y ese es un pronunciamiento que solo corresponde a la sentencia definitiva. En efecto, la afirmación de que existe riesgo de reiteración delictiva no se hace sobre la seguridad de que se haya cometido un delito y la previsión de que pueda reiterarse, porque la certeza solo se constata en la sentencia firme de condena.

En una interpretación a mi juicio desorbitada del art. 5.1.c) del CEDH, que autoriza la detención de una persona «[...] cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción», el TEDH ha considerado justificada la prisión provisional cuando se prevea que hay peligro de reiteración delictiva, aun cuando se trate de un fin espurio a las medidas cautelares porque, lejos de pretender una finalidad procesal, parte de la presunción de culpabilidad del sujeto a quien se priva de libertad (SS. de 10 de noviembre de 1969, caso *Stögmüller vs. Austria*; 10 de noviembre de 1969, caso *Matzenetter vs. Austria*; 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen vs. Austria*; 28 de marzo de 1990, caso *B. vs. Austria*, 26 de junio de 1991, caso *Letellier vs. Francia*); 26 de enero de 1993, caso *W. vs. Suiza*; 20 de marzo de 2001, caso *Bouchet vs. Francia*, y 12 de diciembre de 2006 caso *Dombek vs. Polonia*).

La STEDH del caso *Matznetter* admitió que la consideración del peligro de repetición de las infracciones era compatible con el art. 5.3 del CEDH en las circunstancias especiales del caso, y señaló 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». Como elementos relevantes para considerar que la prisión preventiva estaba justificada, el TEDH tuvo en cuenta «[...] 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.

No obstante, como bien apuntó el juez Zekia en el voto particular a la sentencia del caso *Matzenetter*, la norma es ajena a aquel supuesto y no va dirigida a la prisión provisional de personas que, por el único hecho de sus tendencias delictivas, pueden repetir o cometer una infracción, pues en otro caso habría que mantener indefinidamente en prisión a todas las personas con tendencias criminales.

Pues bien, el riesgo de reiteración delictiva es lo que, en esencia, ha sustentado el mantenimiento en prisión provisional de los investigados por el *procés*, y en casi todos los autos relativos a esta medida cautelar a lo largo del procedimiento se reiteran argumentos en este sentido, añadiendo el criterio de la gravedad de los delitos que, si bien no puede justificar por sí misma la prisión, es elemento relevante en la valoración de la reincidencia (STEDH de 14 de abril de 2015, caso *Gawrewcki vs. Polonia*).

En el ATS de 4 de diciembre de 2017, el instructor sostiene que la medida se justifica constitucionalmente por la «[...] probabilidad de que el investigado pueda reincidir» y por «[...] el peligro o la lesividad que podría sobrevenir si la reiteración finalmente acaece»,

de modo que cuanto más relevante sea el bien jurídico amenazado y más irreparable sea el resultado de la acción, «[...] más razonable resulta que la evaluación del pronóstico se adelante y prevenga, aun cuando —es evidente— nunca puede llegar a prescindirse de la existencia de unas premisas objetivas que vetan la restricción del derecho a la libertad por meros augurios o presentimientos».

(i) El Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la AN, en el Auto de 16 de octubre de 2017, en el que se ordena la prisión para Sánchez y Cuixart, apunta al «[...] hecho de que vienen operando dentro de un grupo organizado realizando actividades de colaboración activa y necesaria tendente a lograr fuera de las vías legales la independencia de Cataluña».

(ii) El mismo Juzgado Central, en el Auto relativo a la prisión de Junqueras y siete ex consejeros, de 2 de noviembre de 2017, considera que existe riesgo de reiteración porque las actividades se han venido planificando y realizando durante más de dos años, «[...] reincidiendo constantemente en actuaciones contrarias a las resoluciones del Tribunal Constitucional». Como bien se advierte, el razonamiento es más retrospectivo que prospectivo.

(iii) Ya en el TS, en el Auto de 9 de noviembre, relativo a Forcadell y los miembros de la mesa del Parlament, para evaluar el riesgo de reiteración en su comportamiento, se toma en cuenta que han manifestado que «[...] renuncian a su actividad política futura» o que «[...] lo harán renunciando a cualquier actuación fuera de marco constitucional».

(iv) Un mes después, cuando el instructor valora la situación de Junqueras y los exconsejeros, en el ATS de 4 de diciembre de 2017, los investigados alegaron estar en la misma posición que Forcadell y los miembros de la mesa, pero el Auto lo rechaza porque los miembros de la Mesa realizaron aportaciones no violentas. El instructor considera que hay riesgo de reiteración delictiva en el caso de Junqueras y otros porque (i) todos comparten la aspiración de que Cataluña constituya la base territorial de una nueva República; (ii) ya habían contemplado la eventualidad de que el Estado interviniera la Comunidad Autónoma y habían decidido perseverar en su determinación; (iii) el documento *Enfocats* recoge «[...] un plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral», que expone con cierto detalle en el Auto, y con esto se planificó generar un conflicto que girara alrededor del referéndum y de la DUI, contemplándose los distintos escenarios que se podrían abrir y, en todo caso, ante la aplicación del art. 155 CE, los planes reflejan que el riesgo de permanencia en el delito existe. Aunque se considera que todos pueden reiterar la perpetración de los hechos, como la lesividad que pueden generar las acciones de unos y otros no es la misma, acuerda la prisión incondicional para Junqueras, Forn, Sánchez y Cuixart por sus aportaciones directamente vinculadas a una explosión violenta, en tanto que modifica la medida para el resto, acordando la prisión eludible mediante fianza.

(v) En la Sala de Recursos se ventila la apelación contra esta resolución y en el ATS de 5 de enero de 2018 se razona sobre el riesgo de reiteración delictiva y, respondiendo a la alegación del recurrente (Junqueras) señala que (RJ 6º) que el análisis del riesgo no se debe realizar con carácter general porque eso «[...] implicaría un pronóstico de peligrosidad general alejado del principio de culpabilidad por el hecho; sino específicamente como una probabilidad de que el sujeto continúe con la actividad delictiva que venía desarrollando y que ha sido interrumpida por el inicio de la causa y la adopción de las medidas oportunas». El recurrente, dice el Auto, incitó a «[...] la movilización de sus partidarios para reforzar mediante vías de hecho la pretensión política, defendida desde el Gobierno y otras instituciones de la Comunidad Autónoma, consistente en la declaración unilateral de independencia», lo que «[...] tenía muy altas probabilidades de degenerar en episodios concretos de violencia o, al menos, en el empleo del tumulto para evitar el cumplimiento de las leyes o las resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales, como efectivamente ocurrió, según los indicios ahora disponibles». Este «[...] plan elaborado, suscrito y seguido por el

recurrente y los demás investigados, se desarrolló durante un largo periodo de tiempo, al menos desde el 9 de noviembre de 2015 en que se aprueba la Resolución 1/XI del Parlament hasta el mes de octubre de 2017, sin que en ningún momento les inclinara a abandonarlo la probabilidad, e incluso la constatación, de una evidente reacción del Estado español, ni tampoco la existencia de episodios de violencia o de actuaciones tumultuarias. Estaban, pues, dispuestos a continuar con lo planeado a pesar de las inevitables dificultades que el Estado de Derecho iba a oponer a unas actuaciones especialmente graves desarrolladas fuera de la ley». Y entiende la Sala que no hay dato para entender que ni el recurrente ni su formación política pretendan abandonar sus aspiraciones independentistas, que no sería el problema, sino las vías para lograr ese objetivo: la desobediencia frontal a la legalidad vigente y «[...] la incitación a sus partidarios a movilizarse en la calle, hasta enfrentarse, incluso físicamente, con la finalidad de obligar al Estado a reconocer la independencia que proclaman».

(vi) También el ATS de 2 de febrero de 2018 rechaza que no exista el riesgo de reiteración delictiva y desestima la solicitud de libertad presentada por la representación de Forn; rechaza la petición porque el solicitante mantiene «su ideario soberanista», y esta ideología «[...] coexiste además con un contexto político en el que no hay certeza de que haya desaparecido la intención de alcanzar la independencia de Cataluña, existiendo todavía sectores que defienden explícitamente que debe conseguirse de manera inmediata y perseverando en el mecanismo de secesión contrario a las normas penales que aquí se enjuicia», como sucede con el Sr. Puigdemont. Para valorar la intención real del Sr. Forn se precisan «[...] marcadores más estables que su propio discurso», acudiendo el instructor a la determinación criminal del solicitante hasta hace pocas fechas para lograr el objetivo que todavía hoy mantiene. Termina diciendo el Auto que «[...] si contemplamos la incerteza que existe de que la voluntad política mayoritaria sea respetar el orden legal para lograr la aspiración de independencia que aun hoy comparte el investigado, y si evaluamos la todavía cercana determinación con la que el investigado condujo su grave actuación delictiva, debe concluirse que persiste el riesgo de reiteración delictiva».

(vii) El ATS de 6 de febrero de 2018 deniega la solicitud de libertad de Jordi Sánchez, y considera que lo determinante a la hora de evaluar el riesgo de reiteración es si subsisten los motivos que impulsaron a realizar el delito y cual sería su posicionamiento en la observancia de la ley; considera el caso del Sr. Sánchez de mayor riesgo, por cuanto se ha integrado en una candidatura que pretende restablecer la dinámica política que desembocó en los hechos que se depuran y además persiguió sus objetivos impulsando movilizaciones que favorecieron un estallido social, asumiendo el riesgo de expandir una reacción violenta.

(viii) De nuevo el ATS de 9 de marzo de 2018 deniega la solicitud de libertad del Sr. Sánchez; el comportamiento delictivo cuya reiteración se teme es su participación en un concierto de voluntades orientadas a lograr la independencia con distintas formas de actuación, entre ellas lograr una movilización ciudadana que forzara al Estado a aceptar una nueva república. Relata hechos pasados, desde la Diada de 2013 y años sucesivos, apreciándose una paulatina evolución desde la mera propaganda y promoción de la secesión a impulsar movilizaciones activas de los ciudadanos. La llamada continua al carácter pacífico de las movilizaciones se desdice cuando se pretende incrementar «[...] el nivel de conflictividad según la respuesta del Estado» y muestra la posibilidad de que «[...] se representaran que la movilización proyectada podría exigir o desembocar en un enfrentamiento social explícito, si las circunstancias obligaban a ello» y aunque «[...] nunca hubieran buscado un desafío violento, a partir del 20 de septiembre de 2017 hubieron de representarse que sus movilizaciones introducían la probabilidad de este desenlace». Hace luego un extenso recorrido por lo sucedido el 20 de septiembre y por el llamamiento del Sr. Sánchez para el 1 de octubre, relatando todos los actos de violencia que tuvieron lugar ese día, ponderando su gravedad. Considera que persiste el riesgo de la reiteración porque (i) los partícipes en el delito

se concertaron a perseverar en su táctica, porque (ii) el Sr. Sánchez «[...] se ha integrado en una lista electoral que se ha opuesto, expresa y permanentemente a abordar cualquier gestión política que no sea la de implementar la república que declararon», y porque (iii) la declaración ante el instructor de utilizar solo instrumentos legales es un compromiso arriesgado e incierto, ya que se niega a reconocer la autoridad judicial del Estado, dirige proclamas contrarias a su electorado y no rechaza impulsar la república secesionista.

(ix) En el ATS de 20 de marzo de 2018, la Sala de Recursos desestima la apelación del Sr. Sánchez, reproduciendo a la letra los argumentos del instructor. Y añade que «[...] 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».

(x) Dos días después, la Sala de Recursos desestimó la impugnación de Forn, y en el ATS de 22 de marzo apunta a que el riesgo de reiteración se relaciona en ocasiones con evitar nuevos ataques a las víctimas; pero en los delitos en que no existen víctimas individualizadas son los bienes jurídicos colectivos los que se preservan; se refiere a la gravedad de los cargos para valorar el riesgo de fuga o de reincidencia invocando la STEDH, Caso *Garwrecki vs. Polonia*, de 14 de abril de 2015 (con cita de *Michtha vs. Polonia*, ap. 49, 4 de mayo de 2006). Para valorar el riesgo de reiteración y su intensidad hay que tener en cuenta no solo las manifestaciones realizadas tras su privación de libertad sino de la «[...] subsistencia de los motivos que impulsaron la realización del delito, así como de las circunstancias que lo propiciaron y de un mantenimiento del posicionamiento personal respecto de la observancia o transgresión de la ley» (en palabras del instructor); aquí invoca el ATS «[...] la incitación a terceros a la movilización ciudadana contra las fuerzas policiales, en concreto para que acudan a votar en un referéndum ilegal»; por lo tanto, «[...] en la medida en la que se ha acreditado que ya acudió a conductas delictivas para defender sus ideas, es necesario asegurar que no utilizará nuevamente esos cauces delictivos que ya utilizó, cuando intentó, sin éxito, imponer su ideología acudiendo a vías de hecho, que fueron acompañadas de actos de violencia y de tumultos»; por otra parte, considera el Auto que es legítimo dudar de la consistencia de las afirmaciones del recurrente y de que su voluntad sea ajustarse a las normas cuando hace poco tiempo mostró una determinación absolutamente contraria interviniendo directamente en los hechos como conseller de Interior.

(xi) En el ATS de 23 de marzo de 2018, de medidas cautelares tras el auto de procesamiento, por el que se decreta la prisión de algunos que estaban en libertad provisional, el instructor pondera el designio al que se incorporaron desde un principio, el *Libro Blanco*, en donde se preveía continuar con la actuación ilícita tan pronto como se recuperaran las instituciones autonómicas que hubieran sido intervenidas, de modo que puede concluirse que el riesgo de reiteración existe pese a la renuncia al acta de diputado.

(xii) Estos mismos razonamientos se repiten en el ATS de 12 de abril de 2018, en la resolución del recurso del Sr. Sánchez ante el instructor; en el ATS de 17 de abril de 2018, de la Sala de

Recursos, resolviendo la apelación del mismo investigado por la denegación de permiso de salida, ante el «[...] riesgo de que el encausado persevere en alcanzar su objetivo siguiendo una estrategia contraria a la norma penal».

(xiii) La Sala de Recursos en el ATS de 17 de mayo de 2018, entiende que la conducta de los recurrentes no ha consistido en un acto aislado sino en un plan que se desarrolló durante casi dos años, y su participación se mantuvo después de los episodios de violencia, insistiendo públicamente en convocar a la votación sabiendo que la presencia policial provocaría enfrentamientos físicos que terminarían en actos de violencia. Además, no existen indicios de que se haya abandonado la idea de forzar la colisión con el Estado para declarar e imponer la independencia por vías de hecho con el concurso de la movilización popular y la alta probabilidad de enfrentamiento físico con los agentes policiales.

(xiv) El ATS de 14 de junio de 2018 reitera la determinación de «[...] persistir en la acción, frecuentemente revalidada en la actualidad en múltiples discursos públicos, permite apreciar un particular riesgo de reiteración en los procesados, por más que actualmente no ocupen cargos representativos en el Parlamento o el Gobierno autonómico».

La defensa de los bienes jurídicos que se podrían ver amenazados con la libertad de los encausados ha sido el elemento determinante de las decisiones de prisión provisional. Los órganos de la Sala Penal del TS han sido muy claros.

Como sostiene el ATS de 18 de junio de 2018, de la Sala de Recursos, sería «[...] 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 *procés*». No se puede poner 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».

Estos argumentos se acogen en el ATS de 9 de julio de 2018, que hace referencia a una carta leída en público en la que Forn y Junqueras expresaban su apoyo a las actuaciones de los Comités de Defensa de la República e incitaban a todos a seguir resistiendo y a mantenerse firmes, proclamando que son un país que no se resigna ni cede a la represión ni a la amenaza.

En definitiva, la invocación del riesgo de reiteración delictiva encierra en sí misma la contradicción de atender a finalidades ajenas al desarrollo del concreto proceso penal, es decir, de permitir su resolución definitiva, y busca preservar a la sociedad de los nuevos delitos que pudieran cometer los encausados; por lo tanto, no se ordena la prisión como medida cautelar para permitir que se sustancie el procedimiento, sino como medida de protección de la sociedad, lo que invoca un fundamento diferente, ya que las medidas de

protección atienden a la garantía de la indemnidad de las víctimas, también partiendo de valoraciones de prognosis.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, reconoce como el primero de los derechos de las víctimas el derecho a la protección (art. 3) para garantizarles su integridad física y psíquica, su libertad y seguridad, así como su libertad e indemnidad sexuales y para proteger su intimidad y su dignidad. Esta protección puede exigir incluso la privación de libertad del presunto agresor, como medida excepcional y cuando sea objetivamente necesaria y no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines (art. 502.2 LECrim), por el riesgo que supone la libertad del agresor para los bienes jurídicos de la víctima y, muy especialmente, para su vida e integridad física, de modo que el criterio no será el del *periculum in mora* sino el del *periculum in damno*.

En el caso general, aplicado en este procedimiento y previsto en el art. 503.2 de la LECrim, que autoriza la prisión provisional para prevenir el riesgo de reiteración delictiva, no se está ante la protección de las víctimas, sino de los bienes jurídicos que se defienden con las leyes penales, y se parte de una realidad no asumida aún por el sistema judicial: que el delito investigado efectivamente se ha cometido, ya que la existencia de un delito solo puede determinarse en la sentencia. A ello se añade que el delito lo ha cometido el investigado, y que este es responsable penal, con lo cual se pone en cuestión la presunción de inocencia porque se parte de que la futura sentencia no solo determinará que el delito se cometió sino también que el sometido a prisión será condenado.

La posibilidad de que se acuerde en los momentos procesales previos a la sentencia la medida más grave que el Estado puede imponer como pena a la persona declarada responsable de un delito, partiendo de la presunción de culpabilidad, debe hacernos reflexionar muy seriamente sobre el respeto a la arquitectura del proceso penal en un Estado democrático de derecho.

Deben buscarse otras vías que garanticen, a un tiempo, los derechos y libertades del inocente, de quien no ha sido condenado, y que se defiendan todos los bienes jurídicos, incluidos los generales de la sociedad. Para ello, habrán de movilizarse seguramente recursos más costosos y normas más depuradas, pero bien vale la pena la defensa de las libertades individuales también en estos tiempos.

No se atiende a las responsabilidades y a las competencias de los órganos judiciales, al contenido de la potestad jurisdiccional, si se considera que hay una «[...] obligación judicial de velar porque el ejercicio del Derecho por aquel a quien se atribuye una grave actuación delictiva, no ponga en riesgo facultades de mayor relevancia y más necesitadas de protección», como se dice en el ATS de 9 de marzo de 2018, que resuelve la solicitud de libertad provisional del Sr. Sánchez o, subsidiariamente, un permiso penitenciario para acudir al Parlamento en su condición de candidato a la presidencia de la Generalitat. Esa obligación de evitar riesgos generales corresponde a otros poderes públicos, de modo que los órganos judiciales, por más que tengan noticia de ese riesgo, deberían abstenerse de intervenir para conjurarlo.

7. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La prisión provisional en la que se han mantenido nueve de los acusados en el juicio del *procés* ha afectado, junto al derecho a la libertad, al derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23 de la CE, puesto que varios de ellos resultaron electos tanto en la convocatoria de elecciones al Parlament de Cataluña del 21 de diciembre de 2017, derivadas de la aplicación del art. 155 de la CE, en las elecciones a las Cortes Generales del 28 de abril de 2018 y en las elecciones al Parlamento europeo del 26 de mayo de 2018.

Es evidente que todo lo que se mueve alrededor de los derechos de representación política, es decir del derecho de sufragio activo y pasivo del art. 23 CE, toca a la esencia del sistema democrático y debe analizarse con sumo cuidado, partiendo de que están en cuestión los fundamentos de las reglas de juego de la convivencia política. Por eso, las limitaciones al ejercicio efectivo de los mandatos y de las facultades que emanan de la soberanía popular han de interpretarse de manera sumamente restrictiva al tratarse de un derecho mayor. La importancia del derecho de representación es enorme, al punto de que, dentro del nuestro ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, tiene dispuestos elementos de protección singulares, como sucede con las prerrogativas parlamentarias.

Los propios tribunales penales han de buscar la compatibilidad del ejercicio de los derechos de representación política con las medidas que permitan el desarrollo de un proceso penal, esto es, la persecución de una conducta presuntamente criminal, procurando eliminar los obstáculos que una medida tan grave como la privación de libertad provoca en el representante democráticamente elegido.

La LOREG acoge una previsión razonable y acertada al permitir la candidatura de los investigados en las causas penales, incluso aunque se encuentren en situación de prisión provisional, dado que otra solución iría en contra de la presunción de inocencia; pero esta facultad, cuando se concreta en acto por la fuerza de los votos, debe llevar aparejada la posibilidad de su ejercicio efectivo si no queremos «engañarnos».

En definitiva, como afirma la Sala de Recursos, en el ATS de 17 de abril de 2018, que desestima el recurso del Sr. Sánchez —que era diputado electo en el Parlament— contra la denegación de un permiso penitenciario para participar en el debate de investidura en la Cámara, «[...] las pretensiones que formula el recurrente generan un conflicto de intereses y de derechos entre el legítimo ejercicio del derecho fundamental de participación política, con los principios y valores constitucionales que le son inherentes, y los bienes jurídicos que tutelan las normas penales que han sido presuntamente infringidas por el investigado».

Pues bien, ese conflicto de intereses se resolvió siempre en esta causa del *procés* a favor de la privación de libertad, imposibilitando a los electos ejercer su derecho de representación, e impidiendo al cuerpo electoral que su representante, al que habían votado, interviniera en los asuntos públicos en su nombre.

Seguro que tiene razón el TC cuando afirma que las resoluciones judiciales no tenían como finalidad incidir en el devenir de las actuaciones de los Parlamentos; que el presu-

puesto del que partieron fue la intervención de los investigados en unos hechos presuntamente constitutivos de delitos graves, y que la medida se fundó en la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, como era precaver el riesgo de reiteración delictiva. Pero también es seguro que la consecuencia de estas resoluciones ha sido una alteración del derecho de representación política.

El ATS de 5 de enero de 2018, de la Sala de Recursos, al decidir la apelación interpuesta por el Sr. Junqueras, electo al Parlament de Catalunya, señaló que la efectividad del derecho de representación política «[...] no puede dejar sin efecto las consecuencias propias de un proceso penal, menos aún cuando se incoa imputando delitos muy graves», y deriva al instructor la apreciación de la proporcionalidad, que «[...] podrá tenerlo en cuenta en el momento de adoptar las decisiones que resulten pertinentes, en momentos puntuales y en función de las circunstancias que se presenten en cada uno de ellos». El Auto dirige sin embargo un reproche dudosamente compatible con el respeto a las reglas democráticas cuando afirma que «[...] las consecuencias de la posición de investigado, procesado, inculpado o acusado en un proceso penal no pueden sortearse mediante la designación del interesado como candidato en unas elecciones».

La verdad es que el problema se traslada al proceso penal desde el régimen electoral, y se coloca en el ámbito de decisión de los órganos de la justicia penal unas soluciones que vienen prefiguradas por las normas reguladoras el sistema electoral, en la medida en que será este el que determinará los requisitos para elegir y ser elegido.

En el caso *Juan Carlos Yoldi*, que se presentó como candidato a Lehendakari en 1987 pese a que se encontraba en prisión provisional, el tribunal autorizó su presencia en la sesión de investidura teniendo en cuenta que, si se permite a los que están en prisión preventiva presentarse como candidatos a las elecciones y son elegidos democráticamente, poner trabas al ejercicio de su derecho lesionaría a su vez los derechos políticos de sus electores; además, se tuvo en cuenta que, en ese procedimiento, la única finalidad de la prisión provisional era evitar la fuga, objetivo que podía conseguirse con medidas de seguridad adecuadas.

Pues bien, el ATS de 9 de marzo de 2018 resolvió la solicitud de libertad provisional presentada por Jordi Sánchez o, subsidiariamente, la solicitud de un permiso penitenciario para acudir al Parlament en su condición de candidato a la presidencia de la Generalitat, que luego plantea como petición principal alternativa. El instructor deniega la solicitud invocando el riesgo de reiteración delictiva, y afirma que el Sr. Sánchez «[...] ha reflejado una determinación tan obcecada, que su acción delictiva nunca se detuvo ante el riesgo de que pudiera conducir a un violento estallido social, con posibles e irreparables consecuencias físicas en los sujetos afectados y con relevante repercusión en la convivencia del grupo social». El instructor analiza la posibilidad de autorizar la conducción vigilada para permitir la compatibilidad de su sujeción al proceso y el ejercicio de sus derechos de representación política y la rechaza (RJ 15º) porque «[...] no aporta la contención precisa para un traslado seguro, menos aún en quien —como reflejan los hechos descritos al principio de esta resolución—, ha empleado su liderazgo en desbordar y sobrepasar la fuerza que un Estado democrático puede aplicar para la observancia de la ley» y, además, porque la

presentación del candidato en el Parlament favorecería «[...] la reiteración que trata de conjurarse, visto que la actividad delictiva que se investiga se desplegó —precisamente— desde actuaciones legislativas y ejecutivas claramente ilegales, y desatendiendo de manera flagrante los controles constitucionales, judiciales e institucionales dispuestos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que se hizo en aplicación de una táctica que no ha sido excluida y sigue respaldándose de presente».

En definitiva, el ejercicio del derecho de representación política, que la ley electoral reconoce también a la persona sometida a prisión provisional, resulta rotundamente negado cuando el tribunal alega que puede reiterarse la comisión del delito que se persigue y no plantea alternativas que permitan defender todos los intereses que están en juego.

Por su parte, la Sala de Recursos del TS, en su Auto de 14 de marzo de 2018, que resolvió una apelación interpuesta por el Sr. Junqueras, confirma la denegación de los permisos para asistir a los Plenos del Parlament y, tras proclamar que «[...] comparte en su integridad el encumbramiento y la relevancia que otorga la parte recurrente al derecho de participación política, dada la repercusión que tiene en el ejercicio y desarrollo de otros derechos fundamentales y en la vigencia de todos los principios constitucionales inherentes a un Estado Social y Democrático de Derecho», reprocha al recurrente «[...] que las conductas delictivas que se le atribuyen fueron indiciariamente ejecutadas mediante reiteradas vulneraciones del legítimo ejercicio del derecho de participación política, de forma que toda la enjundia de esos derechos y la incuestionable trascendencia que alcanzan para sostener y apuntalar un Estado de Derecho fueron utilizados, a tenor de las imputaciones que figuran en la causa, para vulnerar gravemente la propia Constitución y las leyes que la desarrollan, y para desobedecer de forma reiterada y con ostentación pública las resoluciones» judiciales. Por lo tanto, «[...] a la hora de compulsar derechos e intereses y de sopesar los valores constitucionales en juego, figura de un lado el derecho fundamental de participación política de un ciudadano que, con motivo de actuar como diputado autonómico y como vicepresidente del Gobierno de Cataluña en la legislatura anterior a la actual, instrumentalizó el ejercicio del derecho de participación política para subvertir y cuartear el Estado de Derecho —argumentando siempre desde una dimensión indiciaria—, contribuyendo de forma destacada a implantar un ordenamiento jurídico paralelo que se oponía y vulneraba frontalmente las normas capitales y las instituciones del Estado que habían legitimado su elección parlamentaria y el ejercicio de su labor de diputado autonómico». Ante ese conflicto de valores, la Sala de Recursos se decanta por la confirmación de la resolución del instructor.

El propio instructor, en el ATS de 12 de abril de 2018, previamente a un extenso relato de hechos —en especial, actuaciones públicas y parlamentarias, incluyendo los hechos violentos y párrafos del *Libro Blanco*—, hace consideraciones sobre la afectación de derechos políticos por la prisión y deniega luego la libertad solicitada por el Sr. Sánchez, afirmando que no se conjura el riesgo de reiteración delictiva «[...] con ninguna de las medidas de libertad, conducción policial o intervención en la sesión de nombramiento mediante los mecanismos telemáticos que se peticionan». Y aduce que la postulación del Sr. Sánchez «[...] como presidente de la Generalidad de Cataluña presenta elementos que apuntan,

marcada y racionalmente, a que su eventual mandato pueda orientarse hacia el quebranto de un orden constitucional por el que cualquier elector entiende que debe desarrollarse su representación democrática, y a que la transgresión pueda hacerse con profundo quebranto de las mismas normas prohibitivas penales que han justificado la incoación de la presente causa». Interviene el instructor en la definición del marco del derecho de representación política y considera, limitando el ejercicio del derecho e interpretando el sentir de los electores, que esa circunstancia «[...] refleja la conveniencia de sobreponer la protección de unos derechos políticos colectivos, sobre un liderazgo que, por su ejercicio delictivo, suponga una restricción parcial del derecho reconocido al procesado en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

En el ATS de 17 de abril de 2018, al resolver la apelación del Sr. Sánchez, la Sala de Recursos considera que «[...] no puede calificarse de desproporcionada o desmedida la decisión del instructor de no permitir la salida del Centro Penitenciario del ahora procesado para asistir a su posible investidura como presidente de la Generalitat de Cataluña, pues un permiso como el que solicita pondría en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico en el contexto social y político en el que actuó el investigado, y alteraría muy probablemente la convivencia ciudadana con posibles movilizaciones orientadas a una fragmentación social y a un encrespamiento de la ciudadanía como el que ya consiguió en su día. Bastan para corroborarlo las recientes actuaciones violentas de los llamados Comités de Defensa de la República».

Como recordaba el ATS de 21 de mayo de 2018, es verdad que la STC 71/1994, de 3 de marzo (con cita de la STC 25/1981), relativa al alcance de los derechos políticos del art. 23.2 de la CE, consideraba que la «[...] limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático». Y es cierto también que el TEDH ha exigido que la limitación de derechos subjetivos ofrezca una adecuada correspondencia con los bienes jurídicos que tratan de protegerse (STEDH, Gran Sala, de 6 de octubre de 2015, caso *Thierry Delvigne vs. Francia*).

Ahora bien, como afirma la STC 155/2019, de 28 de noviembre (FJ 15.A).a), no puede perderse de vista que, cuando se trata de la limitación del ejercicio del derecho de representación política, «[...] el derecho del art. 23.2 CE, así como indirectamente el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado ilegalmente en su ejercicio (SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 3; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 a); 11/2017, de 30 de enero, FJ 3 a); 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 d); y 49/2018, de 10 de mayo, FJ 4)».

La reciente STC 15/2019 invoca la doctrina de la STC 71/1994, de 3 de marzo (FJ 6), según la cual «[...] el grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición por eso mismo necesariamente singular, con proyección

sobre las condiciones de permanencia en [...] el cargo público». De modo que «[...] su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental», sino que «[...] a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad», de lo que resulta que «[...] si bien la permanencia en [el] cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, se trata de un derecho de permanencia en un estatus cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado».

En relación con el derecho de acceso a los cargos públicos del art. 23.2 de la CE, la STC 155/2019 recuerda que el TEDH ha destacado que «[...] el art. 3 del Protocolo núm. 1 consagra un principio fundamental en un régimen político verdaderamente democrático y, por tanto, reviste en el sistema del Convenio una importancia capital (STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, § 47). La democracia representa un elemento fundamental del “orden público europeo”, y los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo núm. 1 son cruciales para el establecimiento y el mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia regulada por la preeminencia del derecho (STEDH de 16 de marzo de 2006, asunto *Zdanoka vs. Lituania*, § 98 y 103), STEDH de 30 de junio de 2009, asunto *Etexeberría y otros vs. España*, § 47). Estos derechos del art. 3 del Protocolo núm. 1, inherentes al concepto de régimen democrático, serían meramente ilusorios si un representante electo del pueblo o sus electores pudieran en cualquier momento ser privados de ellos arbitrariamente. El TEDH recuerda que el art. 3 del Protocolo núm. 1 garantiza el derecho de toda persona a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato (SSTEDH de 5 de abril de 2007, asunto *Sailay vs. Turquía* § 27); de 29 de septiembre de 2007, asunto *Sobaci vs. Turquía* § 27; y de 13 de octubre de 2015, asunto *Riza y otros vs. Bulgaria* § 141)».

Precisamente para evitar la arbitrariedad debe exigirse un control judicial en cualquier restricción que viniera impuesta respecto del derecho de todo individuo a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato (STEDH de 11 de junio de 2002, asunto *Selim Sadak y otros vs. Turquía*, § 50), el control «[...] se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procesos internos que conducen a privar a un individuo de la elegibilidad (SSTEDH de 19 de octubre de 2004, asunto *Melnitchenko vs. Ucrania*, § 57, y *Zdanoka vs. Lituania*, citada, § 115)» (SSTEDH de 30 de junio de 2009, asunto *Etexeberría y otros vs. España*, § 50, y de 7 de diciembre de 2010, asunto *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca vs. España*, § 51).

Entiende el TEDH en la sentencia de 20 de noviembre de 2018 (caso *Dermittas vs. Turquía*) que el CEDH no prohíbe *per se* la aplicación de la medida de prisión provisional y su mantenimiento a un diputado o a un candidato a elecciones parlamentarias, por lo que su adopción no constituye una violación automática del art. 3 del Protocolo n.º 1 al Convenio, aun cuando la prisión provisional se considere contraria al art. 5 § 3 CEDH. En caso de que la medida en cuestión constituya una injerencia en el ejercicio de los derechos del demandante del art. 3 del Protocolo núm. 1, tal injerencia no constituirá una violación del citado art. 3 cuando satisfaga los requisitos del principio de legalidad, persiga una finalidad legítima, como puede ser el objetivo de garantizar el correcto desarrollo de las actuaciones

penales entabladas contra el diputado o candidato detenido, y respete las exigencias del principio de proporcionalidad (§§ 231, 233 y 237). Para ello deberá controlar (i) la existencia de un recurso, (ii) la duración de la privación de libertad y sus consecuencias y (iii) la consideración de medidas alternativas y menos gravosas que la prisión (§§ 231 y 239).

En aplicación de esta doctrina, para la STC 155/2019 «[...] el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente en amparo acordado en las resoluciones judiciales impugnadas cumple las exigencias del principio de legalidad y responde a un fin constitucionalmente legítimo», y entiende que la medida cautelar satisface el requisito de la apertura de recursos para impugnarla y que no es excesiva su duración a la vista de las circunstancias del caso. Las limitaciones esenciales al acceso y al ejercicio del cargo público representativo derivan de su situación de privación de libertad y será preciso determinar si se ha respetado el principio de proporcionalidad, en la medida en que no ha podido desempeñar sus funciones como parlamentario. La STC 155/2019 alude al ATS de 5 de enero de 2018, de la Sala de Recursos, en el que atribuía al instructor la posibilidad de adoptar decisiones que preservasen la proporcionalidad y de este modo «despacha» la cuestión de la proporcionalidad: la Sala se lo planteó y no ponderó que la prisión, con su consecuencia de la imposibilidad física de asistir al Parlament, fuese desproporcionada (FJ 20).

Finalmente, al abordar el problema de las medidas alternativas, y dado que el TEDH (caso *Demirtas vs. Turquía*, ya citado §§ 231 y 239) declaró que «[...] la privación de libertad es una medida tan grave que solo se justifica cuando se han considerado otras medidas menos graves para proteger el interés personal o público», la STC 155/2019 considera cumplida la exigencia de valorar medidas alternativas a la prisión, que en el caso del Sr. Junqueras el TS desestimó por el riesgo de reiteración delictiva; a diferencia de otros investigados, el instructor del TS consideró, en el ATS de 4 de diciembre de 2017, que se imponía «un mayor grado de rigor y cautela» al conjugar su derecho a la libertad y el derecho de la comunidad a desarrollar su actividad cotidiana en un contexto despojado de violencia por lo que no se le podía rebajar la intensidad de la medida cautelar.

Pues bien, esta consideración acogida por la STC 155/2019 queda cerca de la idea de hacer cumplir a la prisión provisional una finalidad de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Solo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad se puede concebir el encarcelamiento del investigado como instrumento apaciguador de los temores suscitados por el delito.

En todo caso, la Sala de lo Penal del TS ha cerrado la aplicabilidad de fórmulas alternativas amparándose en la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico de medidas cautelares diferentes a la prisión provisional y señalando que la mejor garantía de que los procesados no se van a fugar ni van a cometer otros delitos es, sin duda, mantenerlos en prisión, maximizando el control sobre el riesgo de reiteración delictiva.

El ATS de 26 de julio de 2018, de la Sala de enjuiciamiento, rechazó la petición de prisión domiciliaria porque la ley la reserva solamente en caso de grave enfermedad (art. 508 LECRIM), de modo que, al no preverse en estos casos, el tribunal la desestimó, y consideró que «[...] ninguna de las fórmulas alternativas —al margen de la discutible admisibilidad de alguna de las sugeridas a falta de una específica previsión legal, cfr. arts. 529 y 530 de

la LECrim y STC 169/2001, 16 de julio— alcanza el mismo nivel de seguridad a la hora de garantizar la presencia de los procesados en el juicio oral. La pérdida de una fianza no actúa como un elemento verdaderamente disuasorio frente a la tentación de sustraerse a la llamada judicial, menos aún si es un tercero quien se puede ofrecer a prestarla. Las firmas diarias pueden dejar de ser diarias en el instante en el que el firmante decide emprender la fuga. El control policial puede relajarse o presentar fallos involuntarios que permitan la huida. Los dispositivos de rastreo telemático atenúan su eficacia en un ámbito territorial en el que rige la libertad de fronteras y la libre circulación de personas, por más que su utilización permitiría conocer el itinerario seguido por el procesado para sustraerse al llamamiento para el juicio oral».

En definitiva, el TS se escuda en el déficit normativo para rechazar la aplicabilidad de medidas alternativas a la prisión.

La incidencia de la prisión provisional en el derecho de representación política ha sido abordada también en un voto particular a la STC 155/2019, firmado por los magistrados Valdés, Xiol y Balaguer. En su apartado 4.II, el voto particular apunta que «[...] en su dimensión institucional [este derecho] no se satisface con la mera posibilidad de ejercicio del voto en las cuestiones sometidas a deliberación, sino con la plena participación en el proceso deliberativo y decisorio», lo que exige tanto que «[...] el cargo representativo sea ejercido personalmente y no por delegación» como que «[...] el ejercicio personal del cargo lo sea de modo presencial y concentrado en las cámaras legislativas a los efectos de hacer efectiva una democracia parlamentaria deliberativa»; toma como referencia la STC 19/2019, de 12 de febrero, que afirma que «[...] el ejercicio personal del cargo público representativo es una exigencia que deriva del propio carácter de la representación que se ostenta, que corresponde únicamente al representante, no a terceros que puedan actuar por delegación de aquel», y declara que «[...] como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos» (FJ 4.A).

Sostiene el voto particular ya citado (apartado 4.II) que «[...] se deben establecer como criterios constitucionalmente relevantes (i) que el derecho de representación política adquiere una dimensión trascendente a un derecho fundamental subjetivo conformándose en un elemento institucional y estructural esencial para el funcionamiento de la democracia, sin el cual no puede concebirse una democracia parlamentaria representativa; y (ii) que el normal funcionamiento de una democracia parlamentaria representativa exige que el ejercicio del derecho de representación política sea de carácter personal y mediante la presencia del representante político en las cámaras y sus órganos internos posibilitando con ello la deliberación y la adopción de acuerdos».

Pues bien, la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG) establece las reglas básicas que rigen el sistema electoral español, determinando el marco normativo para el ejercicio del derecho de representación política. Este texto legal, al regular el derecho de sufragio pasivo, declara inelegibles (art. 6.2) a los condenados por sentencia firme así como a «[...] los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado

cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal». Como es evidente, y sobre esto no cabe discusión, las limitaciones al ejercicio de los derechos, máxime si se trata de derechos fundamentales, no pueden ser interpretadas extensivamente.

Pues bien, la LOREG no limita el derecho de sufragio pasivo (el derecho a ser elegido) a los investigados en un proceso penal y, por lo tanto, les permite presentarse como candidatos a las convocatorias electorales incluso cuando se encuentren en situación de prisión provisional.

Sin embargo, lo cierto es que *de facto* el ejercicio de ese derecho de representación política, una vez que el candidato ha obtenido de acuerdo con la ley los votos y el respaldo ciudadano en las elecciones y ha sido proclamado electo por la autoridad electoral, su representación política puede terminar resultando una quimera si el representante es sometido a una medida de privación de libertad, pues entonces carecería de la posibilidad real para intervenir en la vida parlamentaria, acudir a las sesiones, plantear iniciativas, votar, etc., de modo que solo tendría esa condición *de iure* y nominalmente, y mientras no fuera suspendido por la Cámara, en los casos previstos por el Reglamento.

La situación es aún más paradójica cuando el representante ha concurrido a las elecciones estando ya en situación de prisión provisional, amparado por la presunción de inocencia y sin ninguna restricción según la normativa electoral (salvo las intervenciones en la campaña electoral, que se verían limitadas por la situación de privación de libertad).

Conviene no olvidar algunos antecedentes, aunque suenen remotos, que han tenido lugar en nuestro sistema democrático: el histórico líder de HB, Ángel Alcalde, obtuvo escaño en las elecciones generales de 1989 tras el asesinato de quien le precediera en las listas electorales y la consiguiente vacante; como se encontraba en prisión provisional, desde el momento en que obtuvo la condición de parlamentario se ordenó su libertad hasta que el Congreso diera respuesta favorable al suplicatorio; aunque el suplicatorio se votó pocos días después, Ángel Alcalde había pasado a la clandestinidad, el delito por el que estaba en prisión prescribió y la causa se sobreseyó.

De acuerdo con el criterio que han seguido los tribunales en la causa del *procés*, el representante elegido en ese caso carecería de toda posibilidad de ejercer sus funciones políticas al encontrarse en prisión, aunque, de acuerdo con la lógica de la democracia representativa, una vez que la confianza de los ciudadanos legítimamente se deposita en el candidato que ha sido elegido, el mandato electoral solo puede ser personal, de modo que no cabe la alternativa de intervenir por un sustituto o un delegado.

Es verdad que, como sostiene el voto particular a la STC 155/2019, en esta causa ha existido una afectación al derecho de representación política derivado de la medida de prisión provisional, pero esa medida contaba con cobertura legal y perseguía un fin legítimo, también desde la perspectiva de la restricción del derecho de representación política y, además, la medida era necesaria y adecuada para la consecución del fin legítimo de evitar el riesgo de reiteración delictiva derivado del ejercicio del derecho de representación política.

En la conjunción de la salvaguarda del derecho de representación política, que no es un derecho absoluto, y el interés público en el desarrollo de la justicia penal y en evitar la reiteración de los delitos, sin duda debería haberse analizado la eventual adopción de medidas alternativas a la prisión provisional para satisfacer ambos intereses, de modo que debía haberse considerado, como afirma el voto particular a la STC 155/2019, «[...] si era posible adoptar una decisión que, aun no enervando totalmente el riesgo que se intentaba controlar con el mantenimiento de la prisión provisional, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente».

Desde luego, la Sala de lo Penal del TS optó en este caso por la prisión provisional sin analizar las consecuencias que las consecuencias de los hechos que motivaron la aplicación del art. 155 de la CE, y sin plantearse la adopción de otras medidas que minimizaran la afectación del derecho de representación política. El TS ha rechazado todas las alternativas, desde la prisión domiciliaria, las fianzas, las firmas diarias, el control policial, los dispositivos de rastreo, etc., y ha preferido inclinar la balanza hacia la seguridad que supone mantener la privación de libertad en un centro penitenciario.

8. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PARLAMENTARIO ESTANDO EN SITUACIÓN DE PRISIÓN

Merece una atención especial en estas páginas el análisis del escenario que se ha abierto para el Sr. Junqueras, en situación de prisión provisional durante todo el plenario, precisamente al haber resultado electo en las elecciones al Parlamento europeo celebradas el 26 de mayo de 2019.

La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 en el Asunto C-502/19, resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre el levantamiento de la medida de prisión provisional que se había decretado contra el Sr. Junqueras en noviembre de 2017.

De acuerdo con el art. 224 de la LOREG, en las elecciones al Parlamento Europeo la Junta Electoral Central procederá a la atribución de escaños a cada una de las candidaturas y a la proclamación de electos; estos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución en el plazo de 5 días ante la Junta Electoral Central y, transcurrido ese plazo, la Junta Electoral declarará vacantes los escaños correspondientes a los diputados al Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución y suspenderá todas sus prerrogativas.

Lo cierto es que el Sr. Junqueras había concurrido a las elecciones al Parlamento Europeo que se celebraron el 26 de mayo de 2019. En cumplimiento de lo dispuesto en la LOREG, la Junta Electoral, por acuerdo de 13 de junio de 2019, le proclamó oficialmente electo (y este acuerdo se publicó en BOE de 14 de junio).

Pues bien, el Sr. Junqueras solicitó tempestivamente un permiso al TS para acudir, incluso custodiado por la fuerza pública, ante la Junta Electoral Central con el fin de acatar la Constitución y cumplir así el trámite requerido por la legislación española.

Sin embargo, el TS denegó esta autorización, de modo que el electo no pudo cumplir el requisito legal y, por esa causa, la Junta Electoral Central declaró vacante el escaño correspondiente al Sr. Junqueras.

Pues bien, el TJUE resuelve que el elemento decisivo para adquirir la condición de miembro del Parlamento Europeo es la elección por sufragio universal directo, libre y secreto, y el principal atributo de estos miembros es su mandato como representantes, de ahí que esa condición se adquiere por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales que realizan los Estados de la UE. La solución es equivalente a la decidida en el Congreso de los Diputados: los derechos y prerrogativas son efectivos desde el momento mismo en que el diputado sea proclamado electo (art. 20.2 Reglamento del Congreso).

Desde que el 13 de junio, con la proclamación de la Junta Electoral Central, el Sr. Junqueras adquirió la condición de parlamentario europeo, los privilegios e inmunidades previstos en el art. 9 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión son aplicables al electo. Por lo tanto, el Sr. Junqueras goza en España de las inmunidades reconocidas a los parlamentarios españoles, y en el resto del territorio de la UE el parlamentario goza de «[...] inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial».

Estos privilegios deben aplicarse aunque el parlamentario no haya obtenido la autorización —por encontrarse en prisión provisional— para cumplimentar ciertos requisitos previstos en el Derecho español ni a desplazarse al Parlamento Europeo y, por consiguiente, el electo no haya cumplido los requisitos formales exigidos por la normativa española.

Por consiguiente, la inmunidad del Sr. Junqueras implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta para permitirle que se desplace al Parlamento Europeo y cumpla las formalidades requeridas.

La vista pública del juicio del *procés* concluyó en la Sala Penal el TS el 12 de junio de 2019, justo el día anterior a la proclamación de los resultados electorales de las elecciones al Parlamento Europeo, y el juicio quedó entonces visto para sentencia. A partir de ese momento, ninguno de los acusados tuvo, ni pudo tener, la más mínima intervención, pues era el tiempo del tribunal, en las deliberaciones y de la redacción de la sentencia.

La inmunidad, huelga decirlo, no implica impunidad ni supone el olvido de los hechos enjuiciados en el procedimiento del *procés*. La Sentencia del TS se ha dictado por unanimidad de los magistrados después de un plenario que ha durado cuatro meses y en el que se han respetado las garantías procesales de publicidad, contradicción e igualdad. Eso significa que la proclamada inmunidad del Sr. Junqueras en nada puede afectar a las actuaciones judiciales realizadas cuando no era parlamentario europeo ni gozaba de ese privilegio, y nada se puede reprochar al TS porque uno de los acusados haya adquirido esa condición personal.

Para mantener la integridad de la sentencia, y el ejercicio de su autoridad jurisdiccional, el TS deberá solicitar la oportuna autorización del Parlamento Europeo para que suspenda la inmunidad del Sr. Junqueras, como prevé el art. 9.III del Protocolo y vuelva a sujetarse a la jurisdicción española. Sin embargo, hasta entonces, el privilegio parlamentario surte todos sus efectos, del mismo modo que para los diputados y senadores españoles, es decir,

para ser enjuiciados precisan de la autorización de la Cámara respectiva, que el Tribunal solicita por medio de suplicatorio.

Entretanto, el Sr. Junqueras goza de inmunidad y eso implica, dice la STJUE, el obligado levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta al objeto de permitirle que se desplace al Parlamento Europeo y pueda cumplir las formalidades requeridas; en esa situación se encontrará hasta que el Parlamento suspenda su inmunidad.

El problema es que el Sr. Junqueras no se halla cumpliendo una medida cautelar, que es en esencia revocable, de modo que se podría levantar en cualquier momento, también como consecuencia de la resolución del TJUE. Además, la sentencia europea hace referencia a una situación pasada: actualmente no hay prisión provisional del Sr. Junqueras, sino que está ingresado en un establecimiento penitenciario cumpliendo una sentencia condenatoria firme, de modo que difícilmente se puede alzar una medida cautelar que a día de hoy no existe.

Esta solución puramente formalista no parece presentable porque resulta de todo punto insatisfactoria; el TJUE ha resuelto que el Sr. Junqueras goza del privilegio de la inmunidad por lo que el cumplimiento efectivo de esta resolución debe suponer su excarcelación.

Ahora bien, el problema se plantea porque en nuestro ordenamiento no hay una previsión normativa que ampare ni regule la excarcelación de un condenado por sentencia firme en cumplimiento de una sentencia que reconoce un privilegio parlamentario de libertad, que se mantiene en tanto dure su mandato o mientras el Parlamento Europeo no suspenda su inmunidad.

La suspensión de la pena prevista en el art. 80 del CP tiene un cauce específico y responde a unos supuestos extravagantes al levantamiento que ordena el TJUE. Tampoco puede declararse extinguida la pena porque la sentencia europea permite que se solicite la suspensión de la inmunidad del parlamentario y sería de razón y de justicia que el TS, en defensa de su propia jurisdicción y de la justicia de su decisión definitiva y firme, reclamara al Parlamento Europeo la suspensión de la inmunidad del Sr. Junqueras a la mayor brevedad, como indica la propia STJUE.

Aun cuando el levantamiento de la prisión provisional resulte imposible, porque ya no existe, el TS debe dar cumplimiento inmediato al pronunciamiento de la sentencia europea que exige que se permita al Sr. Junqueras «[...] que se desplace al Parlamento Europeo y cumplir las formalidades requeridas», bien es verdad que no a partir de su condición de preso preventivo, sino de su condición de penado. Para ello, el TS podría acordar una suspensión de la condena impuesta en cumplimiento de lo ordenado por la Sentencia del TJUE y, aunque esta medida carezca de un concreto apoyo normativo, también se le podría conceder un permiso —bien por el tribunal sentenciador, bien por la Administración penitenciaria con la intervención de este tribunal— para acudir a la Cámara a fin de que cumpla con las formalidades requeridas.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2019.

Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2019.