

AL EXCMO SR MAGISTRADO JUEZ DEL
TRIBUNAL SUPREMO

EL MINISTERIO FISCAL, evacuando el trámite conferido por Providencia de 7 de marzo de 2018 para informar sobre la petición de libertad de JORDI SÁNCHEZ PICANYOL, DICE:

I.- La solicitud cursada se divide en dos alegaciones: modificación de la situación de prisión provisional por la de libertad provisional y, de no acordarse, obtención de un permiso penitenciario para poder asistir a las sesiones del Parlamento Autonómico para presentar personalmente su candidatura a la Presidencia del Govern.

II.- El solicitante se halla en situación de prisión provisional acordada por auto de la Juez Central de Instrucción nº 3 de 27 de septiembre de 2017. El magistrado instructor del Tribunal Supremo, tras haberle tomado declaración, por auto de 4 de diciembre de 2017, dictó resolución motivada manteniendo la medida cautelar de prisión provisional. También es cierto que el solicitante ha sido nombrado diputado del Parlamento de Cataluña en los comicios del pasado 21 de



diciembre y que el Presidente de dicho Parlamento, Roger Torrent, le ha propuesto como candidato a la investidura de Presidente del Govern, tras ronda de contactos con los grupos de la Cámara. La sesión plenaria del Parlamento autonómico para la presentación y votación de su candidatura está prevista para el día 12 de marzo de 2018.

III.- En relación con la solicitud de modificación de la medida cautelar de prisión provisional, el Auto de 6.2.2018 del Magistrado Instructor de la causa, dictado apenas hace un mes, ya denegó la libertad provisional de JORDI SÁNCHEZ.

La gravedad del delito de rebelión y el riesgo de reiteración delictiva que estaban en la base de aquella decisión subsisten con la misma intensidad. Es más, en el fondo de la presentación de su investidura, que sustituye a la proyectada de Puigdemont, late la persistencia en el desafío al Estado de Derecho para mantener el statu quo del abortado procés indisolublemente apoyado en la violencia para conseguir la declaración de independencia.

Vayamos primero a la gravedad del delito. Como expresó la Sala de apelación en su auto de 5 de enero de 2.018, los hechos que se atribuyen a los encausados se sintetizan en que el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, así como el Parlamento Autonómico y otras instituciones de la

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

misma Comunidad, *«con la finalidad de declarar unilateralmente la independencia de Cataluña, como una parte del territorio de España, han llevado a cabo la ejecución de un plan que incluía la aprobación de distintas normas y resoluciones orientadas a aquella finalidad; y que han procedido a su aplicación, en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en las que, declarando su inconstitucionalidad, acordaba su nulidad [..], han intentado 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»*. Destacaba además aquel auto que la celebración del referéndum aparecía, dentro del plan, como un elemento indispensable para la posterior declaración unilateral de independencia, pues la llamada Ley de Transitoriedad emitida por el Parlamento de Cataluña y también declarada nula por el Tribunal Constitucional, vinculaba expresamente la declaración de independencia al resultado de la consulta. Y expresaba, por último, que dentro del espacio objetivo de investigación se encontraba si las instituciones de poder anteriormente referenciadas, habían incitado a los partidarios de la secesión a movilizarse en la calle, con la finalidad de reforzar sus actuaciones y forzar al Estado a aceptar la independencia, todo ello con conocimiento de la altísima probabilidad de que esta movilización desembocara en actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia, dada la fácil inferencia de que el Estado español, ni permanecería pasivo ante la vulneración reiterada de la Constitución, ni aceptaría sin oposición el relevo,

hasta asumir la desaparición de su presencia en los centros de ejercicio del poder y en los centros administrativos de la Comunidad Autónoma. Una indagación fáctica que se hacía, y así lo decía la Sala (FJ Primero.2), desde el elemento preliminar de que: *"los hechos en los que se atribuye participación al recurrente [D. Oriol Junqueras] no han sido ejecutados de forma aislada e individual por el mismo, sino que se han llevado a cabo dentro de un plan con reparto de papeles, establecido junto con otras personas, miembros del mismo Gobierno de la Generalitat de Cataluña, del que el recurrente era Vicepresidente, o bien miembros de otras instituciones de la Comunidad Autónoma, con la colaboración de asociaciones independentistas como ANC [de la que D. Jordi Sánchez era presidente] y Òmnium Cultural"*.

Abundando en la gravedad del delito y en la participación del recurrente, el Auto del Magistrado Instructor de 6.2.2018 precisaba que el análisis que entonces se efectuó no sólo no se desvirtuaba, sino que se le habían añadido nuevos elementos de soporte, tanto en lo que hacía referencia a la participación de la Asamblea Nacional Catalana (ANC) en un reparto funcional que podría haber contemplado la movilización ciudadana para forzar al Estado a aceptar la independencia (con conocimiento de la altísima probabilidad de que esta movilización desembocara en actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia), como en lo que hacía referencia a la personal intervención en este proceso de su presidente D. Jordi Sánchez. Se

expresaron entonces como indicios: 1) Que el 30 de marzo de 2015 se había firmado una hoja de ruta para el proceso de independización, entre los partidos políticos CDC y ERC, así como las entidades Òmnium Cultural, Asamblea Nacional Catalana y Asociación de Municipios para la Independencia; 2) Que la propia ANC había emitido un documento fijando su concreta vía de actuación para los años 2015 y 2016, en el que, dado que se planteaba el escenario de celebrar elecciones plebiscitarias y constituyentes, se decía que ante la posibilidad de que la Generalidad de Cataluña fuera *"intervenida políticamente y jurídicamente por el Estado español y/o algún partido soberanista ilegalizado"*, se afirmaba que en esos escenarios *"la ciudadanía emerge como el agente político que impulsa el proceso de independencia"* y 3) El documento denominado *Enfocats*, que recogía una definición estratégica del procedimiento a seguir para lograr la independencia de Cataluña, en la que se concluía que *"como último recurso deberá generarse un conflicto democrático de amplio apoyo ciudadano"*, indicándose que el instrumento forzaría al Estado a negociar la separación o se procedería a un referéndum forzado. En dicho documento se concretaba también que la desconexión habría de abordarse *"cuando haya una clara determinación ciudadana a darle soporte y a implicarse activamente"*, añadiendo que *"se ha de comenzar de una manera lo más conservadora posible y se habrá de ir incrementando el nivel de conflictividad según la respuesta del Estado"*.

A estos elementos indiciarios, la instrucción ha añadido, como recoge el Auto de 6.2.2018, otros distintos que los refuerzan. En este sentido, la agenda intervenida a D. Josep María Jové, evidencia no solo la reunión de partidos políticos soberanistas y los representantes de ANC y Òmnium cultural, sino que aquellos contemplaban la movilización ciudadana como un elemento estratégico para la consecución de la independencia (atestado de 15 de diciembre de 2017, atestado de 31 de enero de 2018). Desde esa constatación, son numerosas las intervenciones públicas en las que los representantes políticos y los de las asociaciones soberanistas han proyectado la existencia de una actuación compartida, habiendo llegado a afirmar el Sr. Sánchez en una ocasión que, sobre esta cuestión, hablaba en nombre del ex presidente Sr. Puigdemont, o de los partidos soberanistas PDECAT, ERC o la CUP (Video 3 y 4, anexo 2, del atestado de 30 de noviembre de 2017), al tiempo que se ha proclamado garante de que se celebraría el referéndum del que derivaría la declaración de independencia, salvo que el gobierno del Estado lo impidiera con actos impropios. Y son múltiples las convocatorias que se hicieron desde la asociación que preside, para que los ciudadanos se congregaran en movilizaciones orientadas a dificultar la prohibición del referéndum (atestado de 15 de diciembre de 2017 o declaración del Sr. Sánchez) o, incluso, dando pautas de cómo habrían de ocuparse los centros de votación en la madrugada del 1 de octubre, para imposibilitar con ello que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pudieran

llevar a término las decisiones judiciales de impedir su celebración (Anexo 5, del atestado ampliatorio de 1 de febrero de 2018).

Más recientemente, en las Diligencias nº 2018-101743-010, el estudio autorizado por el juez de los correos electrónicos de Jordi Sánchez, incrementaba el nivel de los indicios de su plena participación como presidente de la ANC en la construcción del proceso independentista, celebración del referéndum y declaración unilateral de independencia, que necesariamente pasaba por las movilizaciones ciudadanas como medio de expresión violento que inutilizara la acción judicial y policial. También respaldan esa opinión las entrevistas que en su calidad de presidente de la ANC mantuvo con el Presidente y Vicepresidente de la Generalitat ya en 2016. Pero, sobre todo, es la relación de la ANC con la preparación de movilizaciones multitudinarias lo que determina la vinculación de su comportamiento con la violencia. Así, en las Diligencias indicadas aparece que el poder de convocatoria de las organizaciones independentistas era extraordinario y que era Jordi Sánchez, en su calidad de presidente de la ANC, el actor principal de esas convocatorias y movilizaciones. La ANC, como entidad, se comprometía a organizar, convocar y coordinar movilizaciones contando con herramientas como páginas web, redes sociales y canales de Telegram. Fruto de su empeño consiguió, por ejemplo, concentrar el 22.6.2016 a medio millar de personas en cuestión de horas ante la Delegación de Gobierno; el 6.2.2017 a 40.000 personas ante el TSJ de Cataluña cuando se juzgaba a Mas, Rigau y

Ortega y el 20.9.2017 a 60.000 personas en Vicepresidencia de Economía impidiendo la salida de la comitiva judicial durante horas. En un documento anexo al correo 33, en el que se desarrollaba un proyecto de acampada alrededor del Parlament, proponiéndose realizar una resistencia pasiva contra la fuerza pública, se utilizaban frases como:

- Hemos tenido una entrevista con un experto en resistencia policial.
- Escoger personas por su robustez, sangre fría y disciplina para formar la primera línea de resistencia.
- La segunda línea formada por unas 3.000 o 4.000 personas dispuestas a rodear a las fuerzas invasoras que estarían ocupadas en desmontar la primera línea.

Además, se proponía colaborar en la resistencia a sectoriales como Bomberos, Guardia Urbana, Mossos y jubilados.

Esas fueron las tácticas utilizadas durante el 1 de octubre, con más de 118 enfrentamientos en colegios electorales en los que con esa predisposición de movilizaciones multitudinarias y con la actitud omisiva de los Mossos se consiguió con el recurso a las masas, murallas humanas y escudos protectores constituidos por personas vulnerables inutilizar la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que intentaban desde la legalidad impedir el referéndum.

Más tarde, la huelga general, innumerables cortes de carretera y vías férreas, escraches a los policías y guardias civiles y concentraciones populares de resistencia ciudadana abundaron en la apariencia y demostración de un poder paralelo de intimidación bastante que permitiera contrarrestar o inhibir la acción del Estado.

Desde esos presupuestos es evidente la gravedad del delito y la relación del acusado con su realización.

IV.- En cuanto al riesgo de reiteración delictiva es de plasmar que el Auto de 6.2.2018 recordaba algo que permanece inmutable, cual es que subsistía *“un contexto político en el que concurren todavía sectores que defienden explícitamente que debe conseguirse la independencia de Cataluña de manera inmediata y que debe lograrse perseverando en el mecanismo de secesión contrario a las normas penales que aquí se enjuicia. Siguen así ajustados al plan de secesión que recoge el documento Enfocats, en el que se contemplaba abordar una legislatura constituyente con posterioridad a la desconexión del Estado español, y en el que se expresaba la necesidad de perseverar en la estrategia y en los objetivos aún en el supuesto de que el Estado interviniera las instituciones de la Comunidad Autónoma.*

Y esta evaluación general coincide con una serie de elementos que ilustran - obviamente en un juicio de pronóstico racional e hipotético- sobre cuál podría ser el comportamiento futuro del investigado. Como ya ha ocurrido con el resto de

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

Abundando en la argumentación empleada por el Magistrado instructor de la causa, lo cierto es que en el contexto actualmente vigente existen sectores y fuerzas políticas que claramente apuestan por la utilización de mecanismos de secesión al margen de las normas constitucionales; que no existe la certeza de que su actuación vaya a ser presidida por el respeto y la sujeción al ordenamiento jurídico vigente; que algunas de las iniciativas



políticas se enmarcan claramente fuera de la legalidad constitucional y estatutaria (así el intento de designación política de un prófugo de la justicia como Presidente de la Generalitat, o la constitución de un Consell de la República en el exilio o en la sombra que dirija los destinos de Cataluña, o el reciente acuerdo alcanzado por las formaciones políticas JuntsxCat y ERC para la continuación del proceso constituyente que termine con la constitución de la República y la celebración de una nueva consulta a tales fines son clara muestra de ello); que las movilizaciones sociales contra las legítimas decisiones adoptadas al amparo de la legalidad vigente siguen siendo una constante; y que el compromiso con la legalidad constitucional no es claro y diáfano.

En síntesis puede afirmarse que las circunstancias objetivas concurrentes en el contexto actual no avalan una situación de absoluta normalidad constitucional y estatutaria, que permita excluir radicalmente la repetición de hechos delictivos tan graves como los acontecidos, de modo que el juicio de reiteración delictiva se adecua plenamente a los parámetros exigidos por el TEDH para validar una medida cautelar tan rigurosa como la prisión preventiva: la previsible continuidad prolongada de hechos punibles, la 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, o la perturbación del orden público provocada por la infracción penal perpetrada, son motivos suficientes para justificar el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional que, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la inestabilidad político institucional generada, no puede considerarse inidónea, desmedida o desproporcionada.



Desde este punto de vista, también parece claro que subsiste el riesgo de reiteración delictiva. Todo lo expresado nos aboca, en conclusión, a entender que debe mantenerse la medida cautelar de prisión provisional en relación con el solicitante.

V.- La segunda petición se relaciona con el permiso penitenciario para presentarse en el Parlamento el día de la investidura y defender su candidatura. El Auto del magistrado Instructor de 29.1.2018, ya abordó este tema, denegando los permisos extraordinarios solicitados, entre otros, por Jordi Sánchez. También el Auto de 12.1.2018 del mismo Magistrado, resolviendo denegar la concesión del permiso de excarcelación de preso preventivo de Oriol Junqueras. El Fiscal se muestra de acuerdo con el contenido de aquellas resoluciones.

Pero contemplemos la óptica constitucional y del Convenio Europeo sobre el derecho de acceso y participación en funciones y cargos públicos. La cuestión ha de analizarse a la luz de la garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos que en su vertiente de derecho al sufragio activo y pasivo viene consagrado en el art. 23 de la CE y en el art. 3 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La efectividad de este derecho es principio fundamental en un régimen político auténticamente democrático (STEDH de 2 de marzo de 1987 en caso *Mathiew- Mohen y Clerfayt c. Bélgica*, ap. 47, serie A nº113).

En palabras de la STEDH (Gran Sala) dictada en el asunto *Yumak y Sadak c. Turquía*, de 8 de julio de 2008, “la democracia representa un elemento fundamental de “orden público europeo”, y los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo nº 1 son cruciales para el establecimiento y mantenimiento de los cimientos de una auténtica democracia regida por la supremacía del Derecho (también las SSTEDH de 6 de marzo de 2003 en caso *Zdanoka c. Lituania* y de 7 de diciembre de 2010 en caso *Eusko Abertzale Ekintza Acción Nacionalista Vasca(EAE-ANV) c. España*).

Este derecho, tiene en el art. 23.2 de la CE una vertiente específica de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes que, según SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 109/2016, de 7 de junio o 11/2017, de 10 de enero, “implica también el derecho de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros...”

Pero aun siendo tan importantes, tales derechos no son absolutos. El mismo art. 3 del Protocolo nº 1 reconoce que existe un espacio para “las

limitaciones implícitas” que pueden establecerse en los respectivos ordenamientos jurídicos (STEDH *de 1 de julio de 1997 en caso Gitonas y otros c. Grecia*).

De hecho, se reconoce un amplio margen de apreciación para someter el derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos a ciertas condiciones y restricciones legales, que sin embargo sólo serán legítimas en tanto:

- Gocen de habilitación legal;
- No vulneren el contenido esencial de tales derechos ni les priven completamente de su efectividad;
- Persigan un fin legítimo o protección de derechos y libertades de otros y
- No resulten desproporcionadas (STEDH *Zdanoka c. Lituania*).

Al margen de condiciones de edad y capacidad, en todos los ordenamientos, las consecuencias propias del proceso penal integran una restricción de la eficacia de los derechos de sufragio activo y pasivo; restricción tanto más importante cuando el proceso se sigue o se ha seguido por delitos graves o muy graves. Y así, la casi totalidad de los Códigos Penales de nuestro entorno contempla la previsión de privación de derechos cívicos como pena autónoma o aparejada a la de prisión correspondiente a la comisión de delitos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

graves o muy graves. Esta previsión se considera legítima en función de la protección de bienes jurídicos, intereses públicos y derechos de las víctimas que ofrece el Código Penal y proporcionada a la gravedad de los delitos a los que viene asociada la restricción (STEDH Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en caso *Thierry Delvigne c. Francia*).

Caben también limitaciones de menor intensidad en la fase de instrucción de la causa penal, por la mera existencia de indicios suficientes de delito grave que justifiquen la medida cautelar de prisión preventiva (STEDH de 6 de abril de 2000 en caso *Labita c. Italia*, y STEDH Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en caso *Thierry Delvigne*).

Para valorar si en este caso la situación de prisión provisional y denegación del permiso extraordinario de salida del Sr. Sánchez constituiría una limitación excesiva o intolerable de su derecho a la participación en los asuntos públicos a través del acceso a cargo público, es útil hacer una distinción entre la condición de parlamentario de una parte, y la actividad ordinaria como tal parlamentario, que implica un trabajo continuado, así como la asistencia habitual a reuniones, debates y votaciones.

Obviamente, la actividad parlamentaria permanente y continuada no es posible para quien se encuentre en situación de prisión preventiva, por mucho que

la restricción de su libertad ambulatoria deba restringirse al mínimo inherente a la medida cautelar que consiste precisamente en el internamiento. Es incompatible con el régimen de esa medida cautelar que impide el trabajo externo, la asistencia a reuniones, grupos de trabajo y estudio, comisiones, y por supuesto, a los debates parlamentarios.

En ese sentido el art. 3 LOGP señala que: *La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena*”.

El cumplimiento de los objetivos y garantías que persigue la medida cautelar de prisión, adoptada en una causa penal por delitos muy graves como son los de rebelión, sedición y malversación, integra así una restricción “parcial y provisional” del derecho fundamental de participación en asuntos públicos.

Tal restricción cumple los parámetros de legitimidad antes mencionados, por estar *prevista legalmente e impuesta judicialmente*, por *satisfacer el interés general* del sometimiento del imputado a la acción de la Justicia y la protección de los bienes jurídicos protegidos por el delito frente a la eventual reiteración de los ataques, y por *guardar proporción* con la gravedad del delito y la importancia de los bienes jurídicos en juego.

El Sr. Sánchez, ya en prisión preventiva por su posible participación en un delito de rebelión, pudo concurrir a las elecciones autonómicas de 21 de diciembre de 2017, pudo votar y resultó elegido. No estando privado por sentencia firme del ejercicio de su cargo, ha adquirido la condición de parlamentario para la que fue elegido, al haberlo así acordado la Mesa de Edad del Parlament en la sesión de su constitución que tuvo lugar el 17 de enero pasado. Y no solo eso, sino que a través de la declaración de incapacidad de asistencia a las sesiones se ha permitido la plena delegación de su voto como presupuesto del ejercicio efectivo de su derecho parlamentario.

Todo lo anterior integra ya, si no la plena efectividad del derecho, sí la satisfacción de su contenido esencial.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

La propia naturaleza de la medida cautelar de prisión, sus objetivos de aseguramiento de la acción de la justicia y su carácter netamente provisional, obligan a contemplar dos posibilidades de futuro:

a) el cese o alzamiento de la prisión provisional, por transcurso del tiempo o aparición de circunstancias distintas de las que fundaron inicialmente la medida: en esta eventualidad que debe ser siempre contemplada, el investigado, que ya ostentan desde la fecha de constitución del Parlament el 17 de enero de 2018 la condición de parlamentario, podría desarrollar normalmente las funciones del cargo para el que resultó elegido.

b) la eventualidad contraria y hoy previsible, del dictado de procesamiento por delito de rebelión, abriría automáticamente las prescripciones del art. 384 bis de la LECR: *Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas, o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión*". Esta previsión salvaguardaría, a través de la "suspensión", la legítima y proporcionada restricción del derecho en función de la imputación formalizada de delito de rebelión.

En ambos casos, el derecho de sufragio pasivo y de acceso al cargo público queda en mayor o menor medida restringido en función de la prisión

preventiva acordada en causa penal, pero no de modo absoluto. Se salvaguarda su contenido mínimo o esencial que sólo hubiera quedado desproporcionadamente eliminado si - antes de la condena penal firme - se hubiera impedido a un investigado presentarse a las elecciones, ser elegido, o a un candidato electo acceder a la condición para la que fue elegido y contribuir con ello a la formación del cuerpo legislativo objeto de las elecciones.

Así se deduce también de la doctrina expuesta en la STC 135/2004, de 5 de agosto (FJ 4), que cita las SSTC 185/99 de 11 de octubre y 155/2003, de 17 de julio, según las cuales *“el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo (...) no es otro que asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos”*.

Contra lo que se arguye en la solicitud, no queda defraudada la voluntad del cuerpo electoral que determinó la elección del Sr. Sánchez como parlamentario autonómico, puesto que, tanto al tiempo de las elecciones como de la campaña electoral, el Sr. Sánchez se encontraba en situación de prisión preventiva y eran conocidas las razones de tal situación. Los votantes ejercieron su derecho al sufragio activo con pleno conocimiento de las limitaciones jurídicas y materiales que pesaban sobre el candidato de su elección para el ejercicio del cargo.



Adquirida ya la condición de Diputado del Parlamento de Cataluña por parte del Sr. Sánchez, queda resguardado el contenido mínimo o esencial de su derecho a participar en los asuntos públicos. Mucho más desde la delegación permitida de su voto que permite el ejercicio efectivo de sus funciones parlamentarias.

Al propio tiempo, sentada la imposibilidad material de ejercicio personal y presencial del cargo en tanto se mantenga su situación de prisión, la denegación del permiso extraordinario de salida solicitado, debe analizarse, a partir de las previsiones y presupuestos exigidos para su concesión en los arts. 47.1 y 48 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*: El art. 47.1 dispone que:

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

Según reza el artículo 48:



Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

Junto con tales previsiones, el art. 155 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* dispone que:

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

El núcleo de la decisión es pues si la asistencia a las sesiones del Parlament, y en concreto, a la ya fijada para el debate de investidura del Presidente con la presentación presencial de su propia candidatura para la investidura, integra uno de los *importantes y comprobados motivos* a que se refiere el art. 47 de la Ley y que, según el art. 155 del Reglamento, han de ser “análogos” a los que refieren en uno y otro precepto.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Compartiendo los argumentos ofrecidos por el Instructor en los Autos comentados, entiende el Fiscal que para valorar la ontología de los motivos ha de optarse por la interpretación restrictiva, propia de toda previsión que la propia norma califica de "extraordinaria". Una restricción que se hace más necesaria porque esa misma norma describe de forma imprecisa e inconcreta el presupuesto fáctico habilitante como, "*importantes y comprobados motivos*".

De hecho, el Reglamento establece que esos motivos han de ser de "*análoga naturaleza*" a los supuestos de hecho previstos expresamente que son el fallecimiento o enfermedad grave de determinados parientes o alumbramiento de la esposa o pareja.

Es evidente que en los supuestos mencionados en la norma se trata de garantizar un contenido mínimo o esencial no de cualquier derecho, sino del derecho a la vida familiar que tan severamente se ve limitado por la privación de libertad. En absoluto esos motivos reglamentarios guardan relación con el derecho a participar en funciones públicas.

La casuística penitenciaria ofrece como supuestos análogos: la concesión de permiso para acudir al sepelio de un hermano; una comunión del hijo o del nieto (aunque en otros casos se denegado por este motivo); visitar a una abuela



hospitalizada grave; o realizar la inscripción en el registro de parejas de hecho. Todos ellos relacionados directa y exclusivamente con el derecho a la vida personal y familiar del interesado

Muy excepcionalmente, se ha utilizado esta vía para la concesión de permisos extraordinarios en casos no asimilables a los anteriores. Así, para concurrir a mesa electoral (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid de 23/5/2013); o para realizar personalmente los trámites del permiso de residencia (Auto AP Madrid, Sección 23ª, de 23/2/2011).

La AAP de Madrid, en Auto de 1700/2008, de 7 de mayo, abunda en esta interpretación restrictiva, al destacar que, aunque la enumeración del art. 47.1 LOGP no tiene carácter cerrado o exhaustivo, los “importantes y comprobados motivos” han de tener “cierta relación con los anteriores y han de estar suficientemente acreditados”.

Incluso en la interpretación restrictiva propia del carácter extraordinario del permiso, la asistencia a las sesiones de una asamblea legislativa es – en abstracto – un motivo “importante”. Tanto como para exigir una afinada ponderación entre la vigencia efectiva de la privación de libertad y el compromiso del contenido esencial del derecho de sufragio (activo y pasivo) que podría derivarse de la denegación del permiso.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Pero el análisis no puede efectuarse aquí en abstracto. Tratándose de la situación personal e individual de cada interno, debe abordarse en atención a sus circunstancias concretas y reservando siempre el permiso extraordinario a motivos de importancia que serán los adecuados para salvaguardar el contenido esencial de un derecho del interesado, análogo – al menos en importancia - a su derecho a la vida familiar.

Por ello y como esta representación ha sostenido al analizar una solicitud análoga de otro de los investigados en situación preventiva, el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo es el acceso al cargo para el que se produjo la elección, esto es, a la condición de parlamentario, y la posibilidad de ejercer presencialmente ese derecho en el caso de alzarse la medida cautelar o de obtenerse una decisión de sobreseimiento o una sentencia absolutoria. No alcanzaría el derecho a la asistencia personal a una determinada sesión parlamentaria, ni a participar presencialmente en el debate de investidura, ni mucho menos, a resultar investido Presidente.

Es cierto que existe un precedente de autorización de permiso de salida a un preso preventivo (Juan Carlos Yoldi) en causa penal por delito de pertenencia a banda armada, a fin de asistir a una sesión de investidura en calidad de candidato a Lehendakari del Gobierno Vasco. En ese caso, resuelto en los Autos de la Sala



de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra de 21 y 23 de febrero de 1987, se argumentó que *“si la legislación permite a los ciudadanos en prisión preventiva, aunque estén acusados de delitos castigados con penas severas, su presentación como candidatos a Parlamentarios o a Presidentes de las Comunidades Autónomas, y son elegidos democráticamente, oponer trabas al ejercicio de su derecho lesionaría a su vez los derechos políticos de sus electores”*.

Se concedió – no sin una fuerte polémica - el permiso extraordinario de un día para el debate de investidura en el que resultó elegido José Antonio Ardanza y el imputado regresó a la prisión donde continuó hasta cumplir íntegramente la pena que luego le fue impuesta.

Pese a la similitud del caso y de la polémica que suscitó en su momento, existe una diferencia substancial que impide otorgar al presente el mismo tratamiento. Los delitos imputados al Sr. Yoldi y por los que se encontraba en prisión preventiva eran los de pertenencia a banda armada y depósito de armas, crímenes que por su propia naturaleza no ven favorecida su comisión en el marco del debate parlamentario para el que se otorgara el permiso. Por el contrario, el delito o los delitos aquí imputados se realizaron precisamente en el marco institucional y parlamentario, aprovechando el ejercicio de determinados cargos y funciones públicas, entre ellas, significadamente, las de diputado autonómico. El retorno a esas mismas instituciones y contexto, aunque fuera

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

episódico, unido a la índole de los hechos que se imputan al solicitante y que se han comentado más arriba, lejos de descartar el riesgo de reiteración delictiva que garantiza la medida cautelar, lo confirman contundentemente. Máxime cuando su grupo parlamentario ha proclamado la voluntad de renovar el proceso constituyente, proclamar la República y constituir instituciones en el extranjero en torno al ex Presidente huido de la justicia. Conceder el permiso, en esas condiciones, sería tanto como favorecer el proceso violento de segregación perseguido en esta causa.

VI.- Desde otro punto de vista, el derecho del artículo 23.2 CE posee límites siempre que estén basados en la ley y en derechos constitucionales.

El Auto de 29.1.2018 razonaba, al respecto, que el contenido material del derecho a acceder a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 CE, no se agota con el acceso, sino que se extiende y amplía hasta abarcar el ejercicio de la función representativa. En la sentencia 32/1985, de 6 de marzo, el Tribunal Constitucional expresaba que *«El derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley, que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos*

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

representantes en condiciones inferiores a otros... ». En el mismo sentido se han expresado las SSTC 220/1991, de 25 de noviembre (FJ 5); 71/1994, de 3 de marzo (FJ 6); 109/2016, de 7 de junio (FJ 3 a); 11/2017, de 10 de enero (FJ 3 a) y 139/2017, de 29 de noviembre (FJ 4). En definitiva, y como también expresaba el Tribunal Constitucional en esta última resolución citada, «cuando se trata de cargos representativos, el derecho enunciado en el artículo 23.2 CE ha de ponerse en relación con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE). Relación de obligada constatación si se tiene en cuenta que son los representantes, justamente, quienes actualizan aquel derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos, al margen ahora la del carácter directo que el propio precepto garantiza. Se trata de "dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el art. 1 CE", que se presuponen mutuamente y aparecen "como modalidades o variantes del mismo principio de representación política" [STC 185/1999, FJ 4 c), con cita de las SSTC 119/1985, de 11 de octubre, FJ 2, y 71/1989, de 20 de abril, FJ 3]. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como indirectamente el que el artículo 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 en su ejercicio [SSTC 119/2011, de 5 de

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

julio, FJ 3; 109/2016, FJ 3 a), y 11/2017, FJ 3 a)].»

Destacaba también dicha resolución el carácter fundamental de este derecho, en lo que hace referencia a su contenido esencial, esto es, al ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno (STC 139/2017), o al proceso de formación de la voluntad de una Cámara (STC 215/2016, de 15 de diciembre).

Ahora bien, como dice el Auto de 29.1.2018, ello no implica que resulte inadmisibile su limitación cuando venga fundada en otras finalidades constitucionalmente legítimas, que presenten una correspondencia razonable en su intensidad, pues, como ya indicaba el Tribunal Constitucional al evaluar el alcance del artículo 23.2 de la CE en su STC 71/1994, de 3 de marzo (con cita de la STC 25/1981). «Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo 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».

Pues bien, la resolución citada, ante la petición del recurrente, garantizó que pudiera acceder a su función de parlamentario a través de la fórmula de la

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

delegación de voto, interpretando generosamente el artículo 93.3 del Reglamento del Parlamento de Cataluña. Complementaba así el contenido mínimo o esencial del derecho del sufragio pasivo, que hubiera quedado desproporcionadamente eliminado si -antes de la condena penal firme- se hubiera impedido a un candidato electo acceder a la condición para la que fue elegido y contribuir con ello a la formación del cuerpo legislativo objeto de las elecciones, respetándose la doctrina constitucional expuesta en la STC 135/2004, de 5 de agosto (FJ 4), que cita las SSTC 185/99 de 11 de octubre y 155/2003, de 17 de julio, según las cuales "el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo (...) no es otro que asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos".

Desde aquellos presupuestos, en cuanto a la concesión de permiso, al amparo del artículo 47.1 del RGP, el Auto de 29.1.2018 destacaba que existía un evidente antagonismo entre la medida cautelar y el permiso extraordinario que se peticionaba, antagonismo que derivaba del propio artículo 3.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, al disponer que los internos podrán ejercitar los derechos políticos, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo cuando su ejercicio fuera incompatible con el objeto de su detención o con el cumplimiento de la condena. Y nada más absurdo que permitir su presencia personal en el Parlamento para poder reeditar a



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

través de su investidura y su anunciado programa de gobierno, que coincide con la subsistencia de ruptura del “proceso” con el orden constitucional, la realización de actos concatenados con el objeto mismo de su detención. Representaría tal posibilidad la claudicación ética del Estado en la defensa del orden jurídico y de la propia CE. La situación de prisión provisional deviene absolutamente incompatible con el ejercicio efectivo y presencial del cargo que desde la aprobación de la investidura debería seguir cumpliéndose presencialmente por su destinatario o así se demandaría.

Sobre esa cuestión, el fundamento jurídico sexto del Auto de 12.1.2018 del Magistrado instructor, recogía la incompatibilidad entre el permiso para asistir a la actividad parlamentaria y una prisión provisional que tiene por misión evitar el riesgo de una reiteración delictiva que venía marcada, entre otros factores, por la posibilidad de que su liderazgo volviera a manifestarse con movilizaciones ciudadanas colectivas violentas y enfrentadas al marco legal de nuestra convivencia. Lo que entra en coherencia, no sólo con lo manifestado en otras resoluciones anteriores de este instructor, sino con la consideración expresada por la Sala de apelación en su Auto de 5 de enero de 2018. Dicha resolución advertía que las decisiones sobre la situación personal de los querellados no suponen la criminalización del proyecto político independentista, expresando que el pluralismo político es valor supremo de nuestro ordenamiento, protegido por la CE y la legislación ordinaria. Recalcaba la Sala que lo que se persigue en la Causa especial 20907/2017 no son ni los proyectos políticos, ni mucho menos las ideas que los animan, sino la ejecución de un proceso delictivo

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

concertado desde las instituciones autonómicas catalanas, con la colaboración de entidades civiles. Un proceso que consistió en la aprobación de diferentes normas y la aplicación de políticas, presupuestos y actuaciones orientadas a la segregación unilateral de Cataluña del resto del Estado, prescindiendo del ordenamiento jurídico y de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional que reiteradamente declaró la inconstitucionalidad de la normativa y resoluciones aprobadas "ad hoc" con ese fin espurio. Y un proceso en el que, en la ejecución de la referida acción concertada, se incluyó la celebración de un referéndum, que fue declarado ilegal por el Tribunal Constitucional y prohibido por los Tribunales, y cuya materialización precisó una movilización ciudadana, impulsada por los autores del delito, que desembocó en varios episodios, previsibles y altamente probables, de violencia y tumulto. Un referéndum, por último, del que la proclamación del resultado favorable había de fundar una declaración unilateral de independencia que llegó a realizarse formalmente, así como la iniciación de un inmediato periodo parlamentario constituyente, para la elaboración de la norma básica de una nueva república.

El Auto de 12.1.208 concluía que era la persistencia y reiteración delictiva que trata de conjurar la medida cautelar de prisión provisional, y la preservación del orden jurídico, las circunstancias que convertían en inconciliable el permiso con la medida cautelar.

Esos presupuestos subsisten. El permiso penitenciario no está pensado para la

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

finalidad que se pide y la posibilidad de delegación de voto no solo respeta sino que perfecciona la aritmética parlamentaria y el ejercicio del cargo representativo. Pero el artículo 23.2 CE tiene límites y entre ellos está el de preservar la seguridad en una sociedad democrática, resultando incompatible la medida cautelar de prisión provisional acordada por delito de rebelión, tanto con la presencia personal en el Parlamento para defender su investidura con el mismo programa político de secesión del Estado, como, sobre todo, con el ejercicio efectivo, presencial y continuado del mismo. Todo ello sin olvidar que previsibles vicisitudes procesales pueden colocarnos ante la suspensión de funciones públicas del solicitante del permiso de manera casi inmediata o muy próxima de dictarse el auto de procesamiento que los indicios reclaman y esta representación interesa y mantenerse la situación de prisión provisional que su participación demanda.

EN CONSECUENCIA, EL MINISTERIO FISCAL ENTIENDE QUE PROCEDE DENEGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL Y EL PERMISO PENITENCIARIO SOLICITADOS.

Madrid, a 8 de marzo de 2018.

LOS FISCALES DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

CONSUELO MADRIGAL

FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO

