

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 10 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2019 el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto en cuya parte dispositiva, dice:

"Desestimar el recurso de reforma y admitir el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, contra el auto de 9 de julio de 2018, por la representación procesal de Carles Puigdemont i Casamajó".

SEGUNDO.- Contra dicho auto se ha interpuesto recurso de apelación, en tiempo y forma, por el Procurador D. Carlos Estévez Sanz, en nombre y

representación de D. Carles Puigdemont i Casamajó, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 de la L.E.Cr.

Por escrito de fecha 5 de junio de 2019, por el Procurador D. Javier Fernández Estrada en representación de Dña. Meritxell Serret i Aleu y D. Antoni Comín i Oliveres, se adhirió al recurso subsidiario de apelación interpuesto por la representación de D. Carles Puigdemont i Casamajó, contra auto de 20 de febrero de 2019, que acordó la aplicación del art. 384 bis L.E.Cr.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 31 de mayo de 2018, confirmando íntegramente el Auto del Excmo. Sr. Magistrado Instructor de la causa de fecha 9 de julio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se interpone por los recurrentes recurso de apelación contra el auto de fecha 20 de Febrero de 2019 por el que se desestimaba la reforma frente al auto de fecha 9 de Julio de 2018 por el que se declara la suspensión automática de las funciones y cargos públicos que estaban desempeñando los recurrentes.

En el citado auto de fecha 20 de febrero se hace constar la desestimación de los motivos de los recurrentes en relación al acuerdo de suspensión de los mismos en sus funciones.

Y, así, se refiere en el auto recurrido que: “El artículo 384 bis de la LECRIM, en su redacción dada por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, dispone que “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”. Se configura así una medida cautelar de

naturaleza pública y extraordinaria, que no tiene por objeto una sujeción personal al proceso o garantizar los eventuales pronunciamientos económicos del procedimiento, sino preservar el orden constitucional impidiendo que personas que ofrecen indicios racionales de haber desafiado y atacado de forma grave el orden de convivencia democrática mediante determinados comportamientos delictivos, entre los que se encuentra el delito de rebelión, puedan continuar en el desempeño de una función pública de riesgo para la colectividad cuando concurren además en ellos los elementos que justifican constitucionalmente su privación de libertad”.

Pues bien, de los pronunciamientos básicos del auto de fecha 9 de Julio de 2018 y del ahora recurrido se sustentan las siguientes bases y consecuencias que llevan a la desestimación del recurso:

a.- Suspensión-rebeldía-384 bis:

La medida de suspensión ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer --sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral-- como integrados o relacionados «con rebeldes», es decir, previa la «imputación formal y provisional de criminalidad» (STC 218/1989, fundamento jurídico 4) por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático» (STC 89/1993).

b.- Medida provisional tras procesamiento.

De forma cautelar, y sin perjuicio de lo que resulte del fin del proceso las medidas adoptadas por los procesados justifican, sin duda, una medida provisional como lo es la prevista en el precepto impugnado, dirigida frente a quienes --sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral-- han sido objetos de un acto firme de procesamiento.

c.- Incompatibilidad ex lege del procesado rebelde con la permanencia en el cargo público provisionalmente.

El supuesto contemplado en el art. 384 bis L.E.Crim, por tanto, bien puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo.

d.- Medida cautelar que no vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

El artículo 384 bis de la LECRIM no vulnera el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE.

e.- La permanencia en el cargo público lo es mientras no aparezcan elementos o circunstancias que hacen decaer este derecho, como aquí ocurre con las consecuencias legales del art. 384 bis LECRIM.

Sólo es aceptable la restricción del derecho de representación política mientras se mantengan los legítimos presupuestos de los que se hace depender la suspensión en este caso, esto es, concurriendo la imputación formal y provisional de criminalidad realizada y mientras dure la decisión de prisión provisional del procesado.

f.- Posibilidad de aplicar mecanismos de sustitución interna en los grupos de las personas afectadas por la medida cautelar de suspensión.

No existe impedimento procesal para que los cargos y funciones públicas que corresponden a los procesados, puedan ser ejercidos de manera plena, pero temporal, por otros integrantes de sus respectivas candidaturas, si tal decisión se contemplara por el Parlamento.

g.- Existe auto de procesamiento firme de fecha 21 de Marzo de 2018 por delito de rebelión ya que la Sala de apelación confirmó el auto de procesamiento en auto de fecha 26 de Junio de 2018.

h.- Alcance extensivo del art. 384 bis LECRIM.

En lo que respecta a los supuestos para los que resulta aplicable la medida de suspensión, aun cuando el recurrente ha sido también declarado en rebeldía, la expresión rebeldes contenida en el artículo 384 bis de la LECRIM hace referencia a los presuntos partícipes en un delito de rebelión, esto es, en los términos del Tribunal Constitucional anteriormente destacados, "previa la imputación formal y provisional de criminalidad, por delitos que conllevan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático". En modo alguno se condiciona la aplicación de la medida al empleo de armas en la comisión del delito, cumpliéndose las exigencias normativas con la presunta satisfacción de los elementos típicos correspondientes a cada una de las figuras delictivas que el artículo 384 bis contempla.

i.- Interpretación de la expresión “mientras dure la situación de prisión” del art. 384 bis LECRIM para la operatividad de la suspensión del cargo público.

La ley no exige la materialización de la privación de libertad para la aplicación del precepto. La norma procesal es clara al establecer las exigencias para que opere la medida cautelar de una manera automática, exigiendo que se haya decretado la prisión provisional contra el procesado por rebeldía.

El inciso último del artículo que se analiza no modifica el contenido sustantivo de los requisitos, resultando evidente que la concreta redacción de la acotación descansa en lo insólito que resulta que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales.

No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis.

La situación de prisión a la que se refiere el art. 384 bis LECRIM se refiere a la procesal, que en este caso ya está adoptada, no a la material, que no puede adoptarse ante la huida de los recurrentes de la acción de la justicia, pero la situación del acuerdo de prisión está adoptada. Cuestión distinta es que no pueda ejecutarse por la situación voluntaria de fuga de los recurrentes.

Frente a lo que el recurrente sostiene la inexistencia de la materialización de la situación de prisión provocada por el propio recurrente no puede ser una situación planteada que pretenda beneficiarle por ser ***contradictio in terminis***, por alegar una situación buscada de propósito, y que no es obstáculo para aplicar consecuencias relacionadas con una medida de prisión provisional, que el recurrente elude por no comparecer y ponerse a disposición del Tribunal. Pretender no aplicar el recurrente una medida ex lege del art. 384 bis LECRIM por una obstrucción del mismo a su obligatoria comparecencia es un alegato que provoca un rechazo en sí mismo, por ser una auto obstaculización del recurrente a la orden judicial de comparecencia. En la literatura griega se llama *Oxímoron*, que consiste en usar dos conceptos de significado opuesto en una sola expresión, y ello es lo que ocurre con el recurso en este caso.

La prisión preventiva es una situación procesal en los casos en los que, como el presente, no se han llevado a cabo por sustraerse el recurrente a la acción de la justicia. La *situación de prisión* conlleva una determinación ***automática*** de la suspensión del empleo o cargo público, y no optativa en su decisión del instructor. La *ratio essendi* de la norma está clara, porque, por un lado, el funcionario en prisión provisional no puede ostentar en ese periodo cargo público, sin perjuicio de su recuperación cuando se adopten la recuperación de su estatus, en su caso, por el instructor. Y es su incomparecencia lo que, además, no permite modificar su situación procesal de prisión. Una cosa es la materialización física de la medida de prisión, y otra la situación procesal de la misma. Y el art. 384 bis LECRIM no puede entenderse

aplicable solo a los que se encuentran solo en prisión física y no procesal, y “en beneficio” de los que están en situación de rebeldía, ya que de ser así provocaría un beneficio la fuga y no ponerse a disposición del tribunal, y un perjuicio hacerlo. La norma no puede otorgar en este caso un distinto tratamiento en la medida de suspensión del cargo público.

j.- La medida de suspensión no es una pena de inhabilitación absoluta anticipada.

Se trata de una cautelar que no supone la privación indefinida del cargo público, sino recuperable en tanto en cuanto se alce la medida o se dicte la absolución. Pero ello no es posible en este caso, por cuanto la conducta del recurrente es la de no ponerse a disposición de la justicia, por cuanto no puede adoptarse ninguna medida ante la inmodificabilidad de la situación procesal del recurrente en situación de rebeldía. Una vez comparecido podría seguir el trámite procesal respecto de los no comparecidos ante la justicia y, en su caso, adoptarse las medidas procedentes. Pero el estado actual de la situación solo prevé una que es la que se desprende del art. 384 bis LECRIM que está vigente y sobre el que no existe pronunciamiento alguno de inconstitucionalidad. Así, por medio de este recurso se utiliza una fórmula para cuestionar un precepto en vigor que conlleva y produce una consecuencia jurídica al recurrente planteando que es una pena anticipada, cuando es un precepto en vigor y aplicable, y que no prevé una pena, sino una cautelar ex lege.

Cierto y verdad, las resoluciones provisionales penales constituyen una nueva categoría de actos coercitivos del Juez y limitativos de determinados derechos fundamentales del imputado, mediante los cuales se le ocasiona el surgimiento de determinadas obligaciones procesales tendentes a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal, cuales son la aplicación del *ius puniendi* del Estado, pero estando contemplada en la norma la opción se ajustará a cada caso concreto cuando ello lo permitan las circunstancias del caso, lo que debe cohererse con la imperatividad de la norma en el caso del art. 384 bis LECRIM en estos supuestos en donde la rebeldía del cargo público conlleva la situación de prisión, y la sustracción de la acción de la justicia que el

recurrente pretende dejar al margen para postular mantener el cargo público sin comparecer ante el juez instructor para ejercer su derecho de defensa.

Pero no puede pretenderse un planteamiento contrario a las medidas del instructor manteniendo la rebeldía, y, pese al auto de prisión, plantear que la prisión no es física y ello impide la cautelar de la suspensión. Resulta un alegato contradictorio en sí mismo con el propio fin del proceso y el propio ejercicio del derecho de defensa adecuado a la posición procesal del recurrente que está en rebeldía, cuando lo correcto sería comparecer y ejercerlo desde la presencia, no desde la ausencia en el proceso penal.

En cualquier caso, la medida no es una pena, pero, en su caso, toda medida cautelar en general tiende a asegurar el propio fin del *ius puniendi* del Estado, que es por esencia uno de los fines de este tipo de medidas, aun sin ser pena, obviamente. No se trata de que, como postula el recurrente, de que se adopte una medida indefinida por la vía del art. 384 bis LECRIM, sino que el fin de la instrucción es, entre otros, adoptar las medidas cautelares que se estimen procedentes y estar al fin del proceso, y entre los objetivos de las cautelares está asegurar, en su caso, *el ius puniendi* del Estado, pero este puede no concurrir ante la inexistencia de elementos o circunstancias que hagan decaer la medida en un caso de absolución. Pero para eso se exige la comparecencia de los rebeldes, a fin de hacer viable el ejercicio de su derecho de defensa y, por ello, hacer posible el enjuiciamiento en el que se parte con su derecho a la presunción de inocencia, como es obvio, aunque con las medidas de aseguramiento cautelares, que no por ello corren en contra de este derecho constitucional.

k.- Art. 384 bis LECRIM versus normativa del Parlamento de Cataluña.

La Ley aplicable es el art. 384 bis LECRIM; no la normativa del Parlamento de Cataluña, la cual, como norma administrativa, no puede posicionarse como Ley especial por encima de la Ley procesal penal y en clara oposición interpretativa a la misma.

La suspensión provisional de la función o cargo público del art. 384 bis LECRIM restringe ex lege el derecho a la permanencia en los oficios y cargos públicos contenido en el art. 23.2 CE, sin que la normativa autonómica sea de aplicación preeminente a la de la Ley procesal penal por no ser aquella Ley especial, ni la LECRIM general en este caso.

La resolución provisional del art. 384 bis LECRIM cumple el presupuesto de ser medida limitativa de un derecho fundamental que está prevista en la Ley, ya que, como apunta la doctrina, en un sistema democrático tan sólo el Parlamento (y nunca la potestad reglamentaria) puede determinar los supuestos y las condiciones de limitación del libre ejercicio de un derecho fundamental. De aquí, que tanto el Tribunal Europeo con ocasión de la interpretación del art. 18.1 Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) como el Constitucional (STC 206/2007 (Sala 1.ª), de 24 septiembre, STC 70/2002 (Sala 1.ª), de 3 abril y STC 207/1996 (Sala 1.ª), de 16 diciembre), desde siempre hayan proclamado la necesidad de que la medida limitativa esté prevista en una Ley.

La normativa autonómica no puede paralizar una “orden” del juez que tiene autoridad para adoptar las medidas cautelares penales que son indiscutibles e indiscutidas por quien tiene la obligación de hacerlas ejecutar. No se trata de que el órgano autonómico pueda debatir, o interpretar la norma, sino que se trata de que “la ejecute en sus justos términos”, tal cual se le ha cursado, y como si se tratara de un exhorto judicial. No se traslada la medida para que sea “opinada”, u objeto de examen, o análisis jurídico por los servicios jurídicos de la Cámara parlamentaria, sino para que sea “ejecutada” tal cual se ha acordado. Ello, sin perjuicio de que en otros casos siempre ajenos al ámbito de una decisión judicial pueda la Cámara Parlamentaria aplicar su discrecionalidad ante el supuesto de hecho concreto.

I.- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 71/1994 de 3 Mar. 1994, Rec. 1492/1988.

Ante la circunstancia de cuestionar ante el TC el precepto ahora mencionado señala el TC que: “El art. 384 bis L.E.Crim. introducido por medio del art. 1 de la L.O. 4/1988, no vulnera el derecho de acceso, «en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» reconocido en el art. 23.2 C.E....

El derecho fundamental a acceder y permanecer en el ejercicio de las funciones y cargos públicos representativos no es, ante todo, y al igual que ocurre con el resto de los derechos, **incondicionado o absoluto, no es ilimitado**, en la más usual de las formulaciones; es, por el contrario, y es lo que se quiere decir, un derecho delimitado en su contenido, delimitado tanto por su naturaleza como por su función.

... La medida de suspensión que enjuicamos ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer --sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral-- como integrados o relacionados «con bandas armadas o individuos terroristas **o rebeldes**», es decir, previa la «imputación formal y provisional de criminalidad» (STC 218/1989, fundamento jurídico 4.) **por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático»** (STC 89/1993, fundamento jurídico 3.), tal como ha encontrado reflejo en el propio texto constitucional.

... El supuesto contemplado en el art. 384 bis L.E.Crim., por tanto, bien puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo. En definitiva, la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los «requisitos» para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento por delito por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, una condición, en suma, cuya legitimidad y

proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 C.E.

II.- No existe desproporcionalidad de la medida.

La suspensión del ejercicio del cargo público opera ex lege, pero nótese que su proporcionalidad se cohonesta con la gravedad de los hechos que constan en el procedimiento, por lo que se entiende adecuada. Otra cosa sería la comparecencia de los rebeldes a dar explicación fundada de los hechos que se les imputan, pero lejos de ello, no existe esa comparecencia, sino el mantenimiento de la rebeldía y de la acción de sustraerse a la acción de la justicia, por lo que no puede plantearse la falta de proporcionalidad.

La proporcionalidad de la medida resulta evidente ante el dictado de la situación de prisión, que no puede ejecutarse por las razones apuntadas. Nada más lejos de ello una pretendida situación de desproporción.

El Tribunal Constitucional ha establecido que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos:

- a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, o lo que es lo mismo, si la medida es adecuada (juicio de idoneidad);
- b) si, además, de idónea es necesaria, en el sentido de que es la medida menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad perseguida (juicio de necesidad);
- c) y, finalmente, si la medida idónea y necesaria es a su vez ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En este caso, la gravedad de los hechos contenidos en el auto de procesamiento a *limine litis*, la situación procesal de huido de la justicia y

decretada la situación de rebeldía y las consiguientes negativas a comparecer a los llamamientos llevados a cabo que desembocaron en la rebeldía determinan la clara proporcionalidad de una medida, cual es el ejercicio del cargo público que, además, no ejerce por la rebeldía que eligió en su día por la no comparecencia ante el juez instructor. Existe, pues, un adecuado juicio de proporcionalidad stricto sensu, a tenor de las circunstancias concurrentes.

Y, además, como hemos expuesto, la adopción de medidas provisionales, no supone una agresión al principio de presunción de inocencia (art. 24 CE).

Recuerda, al efecto, la mejor doctrina que la medida referida es proporcional siempre y cuando, como ha afirmado entre otras muchas, la STC 108/1984, «... se adopte en resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso...», o la posterior STC 24/1999 de 8 de marzo, en la que, en su FJ 2.º, se razona que «la presunción de inocencia sólo puede ser menoscabada por las sanciones en sentido propio y nunca por aquellas medidas, aun cuando materialmente equivalentes, con una función cautelar salvo si fueren tan desproporcionadas e irrazonables que esa desmesura les hiciera perder su carácter asegurador para transformarse en punitivas, lo que no sucede aquí.

En consecuencia, se da una normal compatibilidad de aquel derecho fundamental y de estas medidas si guardan una proporción razonable con la finalidad que las legitima en relación con las circunstancias determinantes y, además, aparecen suficientemente razonadas en la correspondiente motivación (SSTC 105/1994 y 108/1994, ATC 98/1986)».

Pero la proporcionalidad la fijan los hechos objeto del procesamiento y el alcance del art. 384 bis LECRIM, la situación provocada por el recurrente de no comparecer ante el instructor desoyendo los requerimientos por requisitoria,

y conociendo su situación procesal. Existe, pues, a) juicio de idoneidad, b) juicio de necesidad y c) juicio de proporcionalidad stricto sensu.

No existe, tampoco, vulneración del principio de legalidad por la propia taxatividad del contenido del art. 384 bis LECRIM ya explicitado y la situación procesal de rebeldía del recurrente, además de los hechos contenidos en el auto de procesamiento, en lo que subyace una propia incongruencia y contradicción con el petitum realizado al cuestionar la medida acordada.

Además, al cuestionar el recurrente que el auto dictado y la medida limitan el ejercicio y derecho de participación política del recurrente es su propia decisión al posicionarse en rebeldía lo que provoca el dictado del auto. No puede pretenderse cuestionar las consecuencias jurídicas negativas de un acto propio.

La medida cautelar provisional ha de basarse en un juicio de racionalidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

En el presente caso, concurre la debida proporcionalidad y suficiencia de la medida.

Con respecto al contenido de la adhesión al recurso y la inmunidad que se reclama por la alegada condición de Eurodiputado hay que señalar que ello no es correcto, en tanto en cuanto, con independencia de la Resolución que al efecto se dicte por el TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, esta situación no existe en tanto no se ha recogido personalmente el acta parlamentaria y, en consecuencia, la condición reclamada no se ha producido.

Por todo ello, las razones apuntadas en el auto recurrido de fecha 20 de Febrero de 2019 son fundadas en derecho y procedentes.

Se desestiman, por ello, los recursos deducidos.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Carles Puigdemont Casamajó, y la adhesión de Meritxell Serret Aleu y Antoni Comin Oliveres contra el auto de fecha 20 de Febrero de 2019

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

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

