

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso: 20907/2017

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando

Procedencia: RECURSO DE APELACION

Fecha Auto: 05/01/2018

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial (Recurso de Apelación - 1/2017)

Recurso Nº: 20907/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a cinco de Enero de dos mil dieciocho.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2017 el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto en cuya parte dispositiva, dice:

*"...DISPONGO: Mantener la medida cautelar de **PRISIÓN PROVISIONAL, COMUNICADA Y SIN FIANZA** acordada en las Diligencias Previas 82/2017, de las del Juzgado de Instrucción Central nº 3 e incorporadas a esta causa especial, respecto de **D. ORIOL JUNQUERAS I VIES, D. JOAQUIM FORN I CHIARIELLO, D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL Y D. JORDI CUIXART NAVARRO...**"*

SEGUNDO.- Contra dicho auto se ha interpuesto recurso de apelación, en tiempo y forma, por la Procuradora Doña Celia López Ariza, en nombre y representación de DON ORIOL JUNQUERAS I VIES, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 de la LEcrm.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 15 de diciembre interesando la desestimación del recurso y el mantenimiento de la medida cautelar.

La representación procesal de DON JORDI SANCHEZ I PICANYOL por escrito presentado el 19 de diciembre se adhirió al recurso presentado haciendo suyos todos sus argumentos.

La representación procesal de DON JOAN JOSEP NUET I PUJALS por escrito presentado el 19 de diciembre se adhirió al recurso formulado en orden a las alegaciones que en el mismo se contienen

La Acusación Popular del Partido Político VOX , representada por la Procuradora Sra. Hidalgo López, por escrito presentado el 19 de diciembre mostró su oposición al recurso formulado.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 22 de diciembre se acordó señalar para deliberación y resolución, con vista, de este recurso el día 4 de enero de 2018 a las 10.30 horas y con la asistencia del recurrente, teniendo ésta lugar en la fecha señalada conforme consta en el acta levantada al efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por medio de Auto de 4 de diciembre de 2017, el Magistrado instructor acordó mantener la prisión provisional sin fianza del investigado Oriol Junqueras Vies. Contra dicho Auto interpone recurso de apelación.

Alega el recurrente que la medida cautelar de prisión no se fundamenta, en el caso, en el riesgo de fuga ni en el riesgo de destrucción de pruebas, por lo que considera necesario analizar la existencia de indicios de la comisión de delitos y la existencia de riesgo de reiteración delictiva.

1. Los requisitos necesarios para considerar que la medida cautelar de prisión preventiva está constitucionalmente justificada son bien conocidos y no parece necesario reproducirlos aquí. El recurrente se limita a referirse, en primer lugar, a la necesidad de la existencia de indicios suficientes de la comisión de un delito y de su participación en el mismo y, en segundo lugar, al riesgo de reiteración delictiva.

2. Es necesario mencionar, con carácter preliminar, algunos aspectos. De un lado, que el transcurso del tiempo justificaría la revisión de la situación de prisión provisional si viniera acompañado de nuevos hechos que permitieran considerar no concurrentes las razones que se tuvieron en cuenta para acordarla o mantenerla.

De otro lado, que dado el momento procesal en el que se dicta el Auto recurrido y esta misma resolución, las consideraciones acerca de los datos de hecho valorables y del carácter delictivo de la conducta, aunque deban estar revestidas de la necesaria racionalidad, examinando la verosimilitud y consistencia de los indicios, tienen una naturaleza provisional.

En tercer lugar, que no se trata ahora de examinar la existencia de pruebas propiamente dichas respecto de los hechos atribuidos a los investigados, sino de valorar si los indicios de la comisión de delito y de participación del recurrente están dotados de la necesaria consistencia para justificar el primero de los requisitos necesarios para acordar la medida cautelar de prisión provisional (artículo 503.1.1º de la LECrim).

En cuarto lugar, que, aunque el recurrente alega una diferencia de trato respecto de los miembros de la Mesa del Parlament, esa es una cuestión que no puede ser abordada, pues la decisión sobre su situación personal no ha sido recurrida ante esta Sala, que, por lo tanto, no ha tenido ocasión de examinar las circunstancias concurrentes respecto de cada uno de los miembros de la Mesa en particular, ni de expresar su criterio.

Y, en quinto lugar, que ha de tenerse en cuenta, asimismo, que, según resulta de los indicios disponibles, los hechos en los que se atribuye participación al recurrente 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 y Omnium Cultural.

3. Alega el recurrente que la lectura del Auto impugnado “da a entender que la persecución de determinados objetivos políticos, como pueden ser los que contradicen el texto constitucional de forma más o menos importante, es ya de por sí una conducta delictiva”. Que si bien la persecución de la independencia de una parte del territorio nacional mediante el alzamiento violento es delito, hacerlo por la vía pacífica es legítimo; que es algo que la propia Constitución promueve, pues no estamos en una democracia militante, según el TC. Se produce así la criminalización del proyecto político independentista, lo cual, entiende el recurrente, que no puede ser asumido por esta Sala.

Sin embargo, tal cosa no resulta del Auto impugnado. Defender una tesis u opción política según la cual debe establecerse la independencia de una parte del territorio nacional, es legítimo. La Constitución admite la defensa de cualquier posición política, incluso las que defienden la desaparición de la misma Constitución y la instauración de un régimen no democrático. El recurrente puede defender la pertinencia, la conveniencia o el deseo de lograr la independencia de una parte de España, sin cometer delito alguno. La presente

causa no se ha incoado, pues, para perseguir la disidencia política, ni la defensa de una opción independentista. Es por ello que no puede hablarse de presos políticos, pues nadie es perseguido por defender una idea, y el sistema permite la defensa de cualquier opción, ofreciendo cauces sobrados para sostenerla.

Pero, en el caso, el recurrente no se ha situado en esa posición política teórica, ni tampoco en una defensa de la misma dentro de las vías o cauces legales propios de un sistema democrático, sino que ha ido mucho más lejos.

No parece que se ponga en duda que el recurrente, como Vicepresidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma, junto y de acuerdo con otros miembros del mismo Gobierno, del Parlamento Autonómico y de otras Instituciones de la 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. A pesar de estas resoluciones, el recurrente, como miembro del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de acuerdo y junto con otros, 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. Actuando de esta forma, el recurrente y los demás partícipes, 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.

Este comportamiento, lejos de admitir cualquier banalización en su significado, constituye un hecho ilegítimo, gravísimo en un Estado democrático de Derecho, en el que el cumplimiento de la ley como expresión formalizada de la voluntad popular aprobada por sus representantes legítimos, y también la misma lealtad al propio sistema democrático que nos rige, imponen ciertos límites que deben ser respetados en aras de una convivencia pacífica y ordenada.

Pero, es cierto que aún siendo hechos 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. La trascendencia y significado negativo de los hechos se incrementaría de forma notable si existieran razones para, aunque fuera con la provisionalidad ya mencionada, apreciar la comisión de tales delitos, cuya gravedad resulta no solo de las penas asociadas a los mismos, sino además de la intranquilidad y preocupación que estos hechos han causado en una gran parte de la población que no participó en su ejecución, y que, sin embargo, pudo ver cómo se alteraron profundamente las reglas de la convivencia ciudadana.

4. En este sentido, puede adelantarse ya que el artículo 472 del Código Penal (CP), que regula el delito de rebelión exige que, con la finalidad, entre otras posibles (entre ellas, derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución), de declarar la independencia de una parte del territorio nacional, se produzca un alzamiento público y violento. Y, por su parte, el artículo 544 exige para que se aprecie un delito de sedición, que se produzca un alzamiento público y tumultuario para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. Ninguno de los dos tipos delictivos exige para su consumación la obtención de la finalidad perseguida, bastando que se actúe con esa finalidad.

No se criminaliza en esos artículos del CP, por lo tanto, ni se pretende en el Auto impugnado, la defensa de un determinado proyecto político o de una opinión de esa clase, sino determinadas formas, en el caso del delito de rebelión, las públicas y violentas, de intentar alcanzar unos determinados objetivos, o el empleo del alzamiento público y tumultuario con las finalidades antes dichas, en el caso del delito de sedición.

Para sostener la consistencia de la imputación, sin perder de vista el momento inicial de la causa penal en el que nos encontramos, es preciso, respecto del delito de rebelión, contar con indicios de la existencia de actos violentos encaminados a la obtención de aquella finalidad; y, de otro lado, contar también con indicios que vinculen al recurrente con dichos actos violentos. O bien, en cuanto al delito de sedición, de la misma forma respecto de actos que puedan considerarse como un alzamiento público y tumultuario con las finalidades previstas en el precepto.

SEGUNDO.- El recurrente niega que lo que se describe en la querrela y en el Auto impugnado pueda encajar dentro del delito de rebelión. Se refiere a la existencia de tesis jurídicas que niegan la tipicidad penal de la proclamación pacífica de la independencia. Se queja de la inexistencia de un juicio de imputación mínimamente desarrollado, más allá de una artificial vinculación entre los investigados y unas supuestas explosiones violentas, que no se habrían producido. No se describe, dice, en qué ha consistido la explosión violenta, cuya posibilidad de causación futura es lo que justifica la prisión; ni de qué manera el recurrente puede intervenir en ella. Niega conocer el documento ENFOCATS. Alega que de 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. Afirma, pues, la inexistencia de datos que permitan sostener la comisión de un delito de rebelión y la de indicios de la participación del recurrente.

1. En primer lugar, sin perjuicio de resaltar la provisionalidad de las apreciaciones que ahora pueden hacerse, dado el estado procesal de la causa, ha de tenerse en cuenta que, como ya se ha dicho, el recurrente no ha actuado aisladamente, sino, desde una posición preponderante, como integrante de un grupo que actuaba coordinadamente para alcanzar una determinada finalidad: la proclamación unilateral de la independencia tras un referéndum de autodeterminación, a lo que se llegaría aunque el Estado, utilizando los

instrumentos legales, se opusiera a esa actuación. Es decir, se pretendía la proclamación de la independencia fuera de cualquier vía de Derecho en contra del ordenamiento del Estado español, y anunciando su firme voluntad de incumplimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional. Dicho de otra forma, situándose fuera del Estado de Derecho. Y lo hacían desde el ejercicio del poder, lo que explica que no necesitaran utilizar en ese momento la violencia para asaltar el mismo como paso previo para la ejecución del plan.

El acuerdo entre varios, la finalidad perseguida y algunos aspectos de la forma de alcanzarla, ya aparecían con suficiente claridad en la Resolución 1/XI del Parlamento catalán, luego declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en STC 259/2015, de 2 de diciembre. En ella se acordaba llevar a cabo toda una serie de actuaciones encaminadas a realizar finalmente un referéndum de autodeterminación, que iría seguido, en caso de resultado favorable, de la declaración unilateral de independencia de Cataluña. Se decía en su texto que el Parlamento de Cataluña declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente en forma de república. Que el Parlamento de Cataluña, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, reitera que esta cámara y el proceso de desconexión democrática del Estado español no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, que considera falta de legitimidad y de competencia a raíz de la sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, votado previamente por el pueblo en referéndum, entre otras sentencias. Y que el Parlamento de Cataluña insta al futuro gobierno a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados de esta cámara, legítima y democrática, a fin de blindar los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por decisiones de las instituciones del Estado español, como los especificados en el anexo de aquella misma resolución.

Esta Resolución fue seguida posteriormente por otras resoluciones y normas aprobadas por el citado Parlamento. En particular, la ley 19/2017, de 6 de setiembre, del referéndum de autodeterminación, suspendida de vigencia por el

Tribunal Constitucional mediante providencia de 7 de setiembre y declarada inconstitucional por el mismo Tribunal en STC de 17 de octubre. En el artículo 4.4 de esta ley se disponía que “si en el recuento de los votos válidamente emitidos hay más votos afirmativos que negativos, el resultado implica la independencia de Cataluña. Con este fin, el Parlamento de Cataluña, dentro de los dos días siguientes a la proclamación de los resultados oficiales por la Sindicatura Electoral, celebrará una sesión ordinaria para efectuar la declaración formal de la independencia de Cataluña, concretar sus efectos e iniciar el proceso constituyente”. La celebración del referendun aparecía, pues, dentro del plan formalizado por el recurrente y los demás investigados, como un elemento indispensable para la declaración unilateral posterior de independencia. De esta forma, las actuaciones encaminadas a la celebración efectiva del referéndum ilegal, se orientaban al mismo tiempo a la consecución de la independencia, cuya declaración se vinculaba expresamente al resultado de la consulta.

Con todo ello, 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.

2. En segundo lugar, es fácil llegar a la conclusión de que el Estado español no permanecería pasivo ante la vulneración reiterada de la Constitución y ante el incumplimiento frontal de las resoluciones del Tribunal Constitucional, que se referían concretamente a la declaración de inconstitucionalidad de normas y resoluciones a través de las que el recurrente y los demás investigados pretendían alcanzar de forma unilateral la independencia de Cataluña, una parte del territorio de ese Estado. Del mismo modo es ilusorio pretender que pudieran entender que el Estado aceptaría sin oposición el relevo, hasta hacer desaparecer su presencia, en los centros de ejercicio del poder y en los centros administrativos de la Comunidad Autónoma. Y que, de ser necesario, no acudiría al uso legítimo de la fuerza, cuyo monopolio le corresponde para garantizar el cumplimiento de la ley.

No puede aceptarse tampoco que el recurrente y los demás partícipes en los hechos creyeran seriamente que era el Estado, y no ellos, quien se situaba fuera del marco de la ley, cuando pregonaban expresamente que no obedecerían al Tribunal Constitucional ni se sujetarían a las normas del Estado español, democráticamente aprobadas.

Ante esa clase de situaciones, que se mencionan sin ánimo exhaustivo, si el recurrente y los demás partícipes, desde sus posiciones en cargos de responsabilidad política en la Generalitat de Cataluña, incitaban a sus partidarios a movilizarse en la calle con la finalidad de reforzar sus actuaciones y forzar al Estado a aceptar la independencia, es claro que era previsible que, con una altísima probabilidad, se produjeran actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia. Si tanto el recurrente como los demás investigados incitaban a sus partidarios a seguir ese camino, es claro 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. Por lo tanto, la aceptación del plan incluía la aceptación de previsibles y altamente probables episodios de violencia para conseguir la finalidad propuesta.

3. Y, en tercer lugar, el planteamiento según el cual la declaración de independencia se realizaría de forma unilateral después del resultado de un referéndum prohibido, que el Gobierno del Estado había anunciado que no permitiría, y que se haría contando con el apoyo de movilizaciones populares como elemento decisivo para forzar al Estado a claudicar, suponía una muy alta probabilidad de enfrentamiento físico con episodios inevitables de violencia.

Aunque no sea preciso reproducir aquí en detalle lo ocurrido, y sin perjuicio de la valoración que en su momento merezcan otros sucesos diferentes, los días 20 y 21 de setiembre se produjeron numerosos actos de violencia, concretamente en el primero, con ocasión de los registros en la Consejería de Economía, contra la comisión judicial y los agentes de la Guardia Civil que la acompañaban, con la finalidad de impedir que pudiera darse cumplimiento a la resolución judicial que ordenaba la entrada y registro. Y el día 1 de octubre, previsto para la celebración del referéndum, el recurrente y los demás

partícipes, con su actuación previa, concretamente el recurrente en declaraciones públicas efectuadas el día 21 de setiembre, impulsaron a intentar abrir o mantener abiertos los locales donde estaba previsto que se hallaran los colegios electorales, y a depositar su voto, a un número altísimo de personas, a pesar de que ya conocían los graves incidentes producidos, entre otros en los días 20 y 21 de setiembre, y de que sabían que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en cumplimiento de las leyes vigentes, tenían la obligación de impedirlo. En esa fecha, el recurrente sabía que si sus consignas relativas a la participación en el referéndum declarado inconstitucional y fuera de la ley por el Tribunal Constitucional, eran seguidas por sus partidarios, se produciría inevitablemente un enfrentamiento físico entre éstos y el Estado de Derecho, representado por los agentes policiales que defendían el cumplimiento de la ley, esencial en un Estado de esa clase. Constituye una conducta de extraordinaria gravedad incitar a varios millones de ciudadanos a que acudan a votar ilegalmente a sabiendas de que se van a encontrar necesariamente con la oposición física de los agentes policiales que, en representación del Estado de Derecho, van a actuar con el único fin de asegurar el cumplimiento de sus normas más elementales y de las sentencias del Tribunal Constitucional que han ordenado su cumplimiento. No solo porque la referida conducta supone prescindir de las reglas democráticas para intentar imponer por la fuerza las propias ideas, sino también por el desasosiego y la intranquilidad que causa en la ciudadanía, dentro y fuera de Cataluña, que confía en el imperio de la ley, y por el elevado riesgo real de que se produjeran resultados lesivos mucho más graves de los que efectivamente se produjeron, lo que afortunadamente no ocurrió.

El recurrente y los demás investigados incitaban a sus partidarios invocando la defensa del derecho al voto. Pero en un sistema democrático no puede sostenerse la existencia de un supuesto derecho al voto fuera de cualquier cauce legal, cuando es la ley, precisamente, la que aporta seguridad, igualdad, garantías y efectividad a su mismo ejercicio.

No cabe, en unos hechos como los referidos, tergiversando su naturaleza y trastocando los principios elementales del Estado de Derecho, olvidar que los

funcionarios estaban precisamente ejerciendo la función de tutelar el cumplimiento de las normas básicas en un Estado constitucional, y pretender confundir al ciudadano con afirmaciones referentes a que quienes incumplían la ley eran los agentes y no quienes acudían a votar ilegalmente y quienes les habían conducido a ello. Resulta igualmente inaceptable que se sostenga por algunos dirigentes que eran los representantes del Estado de Derecho quienes tenían que retirarse para que los ciudadanos pudieran ejercer un pretendido legítimo derecho al voto.

4. El recurrente niega que existan indicios de su participación en los hechos. Los delitos de rebelión y de sedición se caracterizan por tener un sujeto activo plural, lo que implica directamente el acuerdo entre quienes lo integran respecto de las líneas centrales de la ejecución y el reparto de papeles. Según las reglas de la coautoría, todos los autores responden de los actos de cada uno, salvo los casos que puedan considerarse extralimitaciones respecto del plan aceptado por todos.

El recurrente, ostentaba entonces el cargo de Vicepresidente de la Generalitat. Como miembro del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, y al igual que otros miembros del mismo, no se ha limitado a defender desde posiciones teóricas la independencia, sino que ha acudido a vías de hecho, para alcanzar su proclamación y con la defensa de su posición política ha incitado a sus partidarios a oponerse a la acción del Estado que tratara de impedir la ejecución de su plan. Esta forma de proceder implica, por su propia naturaleza, que los partidarios de esta opción debían acudir a defenderla mediante tales vías de hecho, ya que su propio planteamiento excluía la referencia al Derecho como vía útil para alcanzar el objetivo propuesto. Es claro que el recurrente sabía que, anuladas por el Tribunal Constitucional las normas que los investigados pretendían utilizar como soporte, el Estado tendría que actuar para evitar que, mediante hechos consumados, logaran ese mismo objetivo. En esas condiciones, como se ha dicho y no importa reiterar, era previsible que, con una alta probabilidad, se fueran a producir enfrentamientos contra los agentes de las

fuerzas del Estado que pretendieran el cumplimiento de las leyes vigentes, y que también previsiblemente y con una alta probabilidad, degenerarían en episodios de violencia. Así ocurrió, entre otros, en los días 20 y 21 de setiembre y en el mismo día del referéndum, 1 de octubre. En realidad, no solo era previsible, sino que lo contrario, es decir, la pasividad del Estado mientras sus representantes eran expulsados de Cataluña, era totalmente inimaginable.

Es cierto que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos. Tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido. Pero, 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. Es llano que tanto el recurrente como los demás sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos, que desconocen e impiden la aplicación de las leyes que rigen el Estado democrático de Derecho, y que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza. Era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia.

El recurrente, que actuaba como Vicepresidente del Gobierno Autonómico, no podía ignorar que impulsando a sus partidarios a movilizarse contra el Estado, los estaba impulsando también a enfrentarse físicamente con las fuerzas que pretendieran el cumplimiento de las normas de ese Estado.

No puede pretenderse, en el momento actual de las actuaciones, que el recurrente, que era Vicepresidente de un Gobierno que organizó todo el proceso que conduciría a la declaración unilateral de independencia, era completamente ajeno a las actuaciones que se impulsaron desde ese Gobierno y a las

incitaciones, directas o indirectas, a la movilización popular que, como era previsible con una muy alta probabilidad, dieron lugar a comportamientos violentos que nunca trataron de impedir.

Es indicativo de todo ello que cuando acudió a la Consejería de Economía, y pudo percatarse de que el tumulto provocado por quienes se oponían a la ejecución de las órdenes de entrada y registro acordadas legítimamente por la autoridad judicial había degenerado en actos concretos de violencia contra los agentes y contra la comisión judicial, el recurrente nada hizo para evitar que tal forma de comportarse se interrumpiera, a pesar de que se trataba del Vicepresidente del Gobierno autonómico, con suficiente autoridad para intervenir y para garantizar el cumplimiento de la ley. Igualmente es significativo el hecho de que, con posterioridad al día 20 de octubre, conociendo los sucesos ocurridos en esa fecha, convocara a sus partidarios a participar en el referéndum del día 1 de octubre, sabiendo que el Estado trataría de impedirlo con los medios a su alcance.

Todos los elementos antes mencionados permiten afirmar la existencia de indicios suficientemente consistentes de la comisión de un delito de rebelión, y subsidiariamente, de una conspiración para su comisión (artículo 477 CP), en la medida en la que el plan del recurrente y los demás partícipes necesariamente debía prever que la expulsión del Estado, de sus funcionarios civiles y militares de los lugares donde cumplían sus funciones, amparadas constitucional y legalmente, iba a ser acompañada inevitablemente de actos de violencia.

5. En el Auto impugnado (Pag. 20) se valora expresamente el documento “Enfocats”, que “refleja (Pag. 40) la existencia de un grupo de individuos (Comité Estratégico) que han desempeñado una función definitoria de cómo y cuándo llevar a término cada una de las actuaciones del proceso y, consecuentemente, de la violencia y los tumultos que se detallaron en la anterior resolución...”. Comité en el que se integra el recurrente. Sin perjuicio de que en la fase de instrucción se profundice en los aspectos relacionados con la identificación de quienes, de una u otra forma, han participado en su

elaboración, o con la existencia de un acuerdo entre ellos, o en la coincidencia entre su contenido y los sucesos que realmente tuvieron lugar o en los pasos que se fueron dando, no es necesario ahora precisar su significado y valor probatorio, bastando con tener en cuenta, como se hace en la resolución impugnada, el hecho de que refleje en líneas generales muchos datos de lo luego ejecutado efectivamente, en la medida en la que contiene “un plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral” (página 15 del Auto impugnado).

TERCERO.- Algo similar, y siempre desde una perspectiva indiciaria, puede decirse respecto del delito de sedición, aunque el recurrente no se detenga en su análisis.

1. De lo actuado resulta que, cuando menos, en el día 20 de setiembre, con ocasión de algunas de las diligencias de entrada y registro, y el día 1 de octubre, respecto del intento de celebrar el referendum, se produjeron tumultos, impulsados por los miembros del Gobierno de la Generalitat, con la finalidad de impedir que se ejecutaran las órdenes de la autoridad judicial respecto a las entradas y registros, o bien las órdenes de la autoridad que, apoyadas en las resoluciones del Tribunal Constitucional, pretendían que, en cumplimiento de tales resoluciones, no se celebrara el referendum que pretendían los investigados.

Aunque éstos aleguen que sus incitaciones siempre se mantuvieron en el marco de actuaciones pacíficas, es claro que, habiendo acudido a las vías de hecho contra el Estado para declarar la independencia de Cataluña, incitaban directa o indirectamente a sus partidarios a actuar de esa forma, y era inevitable una reacción desde el Estado de Derecho, a través de las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, orientada a garantizar el cumplimiento de la ley. Y, por lo tanto, era previsible con un altísimo grado de probabilidad, que se produjesen, al menos, tumultos orientados a impedir a aquellas el cumplimiento de las órdenes emanadas de las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Tanto en uno como en otro caso, no puede considerarse que el recurrente fuera ajeno a la incitación a la movilización, ni tampoco que desconociera las previsibles consecuencias de la misma. No lo permite la valoración conjunta de sus directrices sobre el particular, y de su actuación personal.

2. Por lo tanto, en el caso de que, como resultado de la fase de instrucción, las acciones violentas solamente pudieran considerarse como extralimitaciones individuales de quienes las protagonizaron, restaría, como una conducta que va más allá del legítimo derecho de manifestación, la incitación al tumulto con la evidente finalidad de impedir la aplicación de las leyes por la fuerza o el cumplimiento de las resoluciones judiciales que pretendían hacer efectivos los registros acordados o impedir la celebración de un referéndum que había sido declarado inconstitucional y, por ello, fuera de la ley, por el Tribunal Constitucional y que, sin embargo, el recurrente y los demás investigados pretendían celebrar de todos modos y a toda costa. En los sucesos de los días 20 de setiembre y 1 de octubre, tal como resultan de los elementos indiciarios valorables en este momento, los partidarios de la línea defendida por el recurrente, incitados a la defensa de la misma mediante movilizaciones populares, no se limitaron a manifestarse para protestar por la acción policial o judicial, es decir, para expresar su opinión contraria a dichas acciones, sino que se enfrentaron físicamente con quienes actuaban en defensa de la ley o en ejecución de las resoluciones judiciales, tratando de impedir por la fuerza su legítima actuación, en algún caso “constituyendo murallas humanas que defendían de manera activa los centros de votación, haciendo en ocasiones recular a los cuerpos policiales, apedreando sus vehículos o forzando a los agentes a emplear una fuerza que hubiera resultado innecesaria de otro modo” (páginas 21 y 22 del Auto impugnado), sin que conste que en ningún momento el recurrente o los responsables políticos de la Generalitat trataran de impedir tal clase de comportamientos, o de evitar su reiteración, lo cual, en este momento y sin perjuicio de lo que pueda resultar en momentos posteriores de la tramitación

de la causa, puede ser valorado como un indicio de su aceptación y defensa de los mismos.

CUARTO.- Tampoco, con la misma provisionalidad, puede desconocerse la existencia de indicios serios de la comisión de un delito de malversación. El actual artículo 432 CP castiga a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 o del artículo 253 sobre el patrimonio público. El artículo 252 CP sanciona la administración desleal, y dispone que serán punibles los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. El artículo 253 se refiere a la apropiación indebida.

No se niega que se destinó dinero público para la celebración de la consulta del día 1 de octubre y para las finalidades asociadas a la misma. Es claro que el recurrente conocía que el Tribunal Constitucional había declarado la nulidad, no solo de las resoluciones que acordaban la celebración del referéndum, sino específicamente la de aquellas otras que preveían el empleo de partidas de dinero público para facilitar su celebración. Declarada la ilegalidad del empleo del dinero para esa finalidad, no puede considerarse que se haya dado a los caudales un destino público legítimo, con el consiguiente perjuicio.

El Parlament catalán aprobó la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña, que establece en distintos artículos varias partidas para gastos electorales y consultas populares, y que en su Disposición adicional 40, sobre medidas en materia de organización y gestión del proceso referendario, que dispone: “1. El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias para 2017, debe habilitar las partidas para garantizar los recursos necesarios en materia de organización y gestión para hacer frente al proceso referendario sobre el futuro político de Cataluña. 2. El Gobierno, dentro de las posibilidades presupuestarias, debe garantizar la dotación económica suficiente para hacer frente a las necesidades y los

requerimientos que se deriven de la convocatoria del referéndum sobre el futuro político de Cataluña, acordado en el apartado I.1.2 de la Resolución 306/XI del Parlamento de Cataluña, con las condiciones establecidas en el dictamen 2/2017, de 2 de marzo, del Consejo de Garantías Estatutarias.”

La ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por la Abogacía del Estado en nombre del Presidente del Gobierno. El Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso y dictó la providencia de 4 de abril, por medio de la cual suspendió la citada Disposición adicional y las partidas presupuestarias impugnadas, acordando notificarla a cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat, del que formaba parte como Vicepresidente el recurrente, y advertirles “de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada”. Finalizaba “apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de no atender este requerimiento”.

En el sentido expuesto, la STC nº 90/2017, de 5 de julio, declaró que “subsiste el deber de las mencionadas autoridades y funcionarios expresado en la providencia de 4 de abril, ahora referido a impedir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera suponer ignorar o eludir el fallo de esta Sentencia, en particular mediante la realización de las actuaciones allí especificadas”.

Por lo tanto, el recurrente había sido advertido de las posibles consecuencias penales de administrar el patrimonio público destinando fondos a la celebración de un referéndum que el Tribunal Constitucional había declarado fuera de la Constitución.

QUINTO.- Finalmente, alega el recurrente que la prisión provisional afecta a su derecho a la defensa y a participar en las elecciones o en el proceso político.

En cuanto al primero, es claro que la situación de prisión provisional puede suponer algunos inconvenientes o incomodidades en la preparación de la defensa, desde el momento en que el sujeto se ve privado de su libertad. Pero también lo es que, mientras se cumplan las normas que tienden a garantizar sus

derechos en esa situación procesal, y no se ha denunciado ninguna vulneración de las mismas, la mera alegación del derecho a defenderse no justifica prescindir de la prisión provisional, si concurren los requisitos necesarios para justificarla.

En cuanto al segundo, es de toda evidencia que se trata de un derecho muy básico en una democracia. Pero también lo es que su efectividad no puede dejar sin efecto las consecuencias propias de un proceso penal, menos aún cuando se incoa imputando delitos muy graves. El recurrente alega que el Estado de Derecho exige la libertad para garantizar la participación política y la representación de quienes lo han elegido. Sin embargo, ese derecho no hace desaparecer la obligación de asumir las consecuencias de la comisión de un delito. Tampoco las que pudieran derivarse de la existencia de indicios suficientes de esa comisión, que, en ocasiones, pueden determinar la adopción de medidas cautelares limitativas o privativas de derechos.

De todos modos, la existencia de una causa penal no es incompatible de forma absoluta con el ejercicio del derecho a la participación política, aunque en algunos aspectos puede suponer limitaciones importantes. El recurrente concurrió a las elecciones, pudo votar y ha resultado elegido. Además, la proporcionalidad de la medida en relación con el ejercicio del derecho alegado, podrá ser tenida en cuenta por el Instructor 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.

Por otro lado, ha de valorarse que si bien el ejercicio de algunos cargos políticos puede determinar la existencia de aforamientos, no supone la impunidad. En el caso, además, los hechos imputados han sido cometidos, según las imputaciones, en el curso de una actividad política, y se han caracterizado, siempre según la imputación, precisamente, porque se han cometido desconociendo y despreciando las reglas básicas de la convivencia contenidas en las leyes que rigen el sistema democrático en el que desenvuelven sus actuaciones y el ejercicio de sus derechos. No se trata, pues de delitos políticos que permitan calificar al recurrente como un preso político. En primer lugar, porque nos encontramos en un sistema democrático que ofrece cauces sobrados

para defender pacíficamente cualquier opción política. En segundo lugar, porque la ausencia de las mayorías necesarias para alcanzar un determinado objetivo no autoriza, en democracia, el recurso a la violencia o al tumulto, introduciéndose en el ámbito del derecho penal, para obtener los fines propuestos. Y, finalmente, porque el recurrente no se encuentra encausado y privado provisionalmente de libertad por defender una idea política, sino por haber utilizado medios violentos o tumultuarios, previstos en el Código Penal.

Desde otra perspectiva, ha de tenerse en cuenta que, cuando el recurrente concurrió a las elecciones, tanto él como el partido político al que pertenece, ya sabían de la incoación del proceso penal, dato de conocimiento público y general, y, por lo tanto, conocían sobradamente que su actividad política podía verse limitada en algunos aspectos por las consecuencias derivadas de aquel.

Es evidente que las consecuencias de la posición de investigado, procesado, inculcado o acusado en un proceso penal no pueden sortearse mediante la designación del interesado como candidato en unas elecciones.

SEXTO.- En cuanto al riesgo de reiteración delictiva, alega el recurrente que ha de efectuarse un análisis de los riesgos de que el sometido a tal medida cautelar vuelva a cometer algún delito.

1. Es cierto que tal análisis no debe ser realizado con un carácter general, lo que 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.

Como consecuencia de lo antes dicho, en el mencionado análisis no se puede prescindir de los hechos presuntamente ya ejecutados por el recurrente, consistentes en esencia en la incitación 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. Movilización que, como se ha dicho más arriba, dada la previsible reacción del Estado, 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.

Tampoco puede dejarse de lado que el 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.

No existe en la actualidad ningún dato que permita entender que la intención del recurrente sea prescindir de la posibilidad de ocupar el mismo o similar lugar político al que le permitió, por el poder político del que disponía, ejecutar los actos delictivos que se le imputan; ni tampoco, más allá de algunas manifestaciones no corroboradas por hechos posteriores, que su voluntad, o la del partido que lo sostiene como candidato a la Presidencia de la Generalitat, se oriente precisamente a abandonar la idea de una proclamación unilateral de independencia que alcanzara efectividad, que era el objetivo propuesto y no alcanzado al poner en marcha el Estado los mecanismos constitucionales y legales de defensa de la democracia; ni tampoco que al hacerlo no vayan a seguir las mismas vías ya antes iniciadas y, por lo tanto, con consecuencias similares a las ya producidas con anterioridad.

Por otro lado, como se ha dicho, el recurrente es la persona que, a pesar de su situación penal, se ha presentado, o ha sido designado por su partido, como candidato a la Presidencia de la Generalitat, lo que le situaría, en principio, en una posición preponderante respecto de las decisiones a tomar en relación a esta cuestión.

2. La valoración del riesgo de reiteración, por lo tanto, no puede referirse, ni se refiere, al hecho de que continúe defendiendo la pertinencia, la conveniencia o el deseo, de la independencia de Cataluña, sino a la defensa de la forma en la que puede lograrse ese objetivo, que hasta ahora, como se ha dicho se ha caracterizado por la desobediencia frontal a la legalidad vigente y por 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, a quienes pretenden hacer efectiva la vigencia de las leyes democráticamente aprobadas.

El diálogo al que se hace referencia en el recurso, hasta ahora, solamente se ha pretendido o planteado por el recurrente y por quienes le acompañan en su proyecto político, como referido exclusivamente a la forma en la que el Estado español pudiera prestarse a reconocer la independencia de Cataluña. Es por lo tanto, una pretensión que, previsiblemente, conduciría nuevamente al recurso a las vías de hecho en el caso de que, como es racionalmente de esperar, fuera negada o impedida desde el Estado. El ofrecimiento de esa clase de diálogo o la invocación de la bilateralidad en esas condiciones, pues, no puede valorarse como un indicio de abandono del enfrentamiento con el Estado mediante vías de hecho con la finalidad de obligar a aquel a reconocer la independencia de Cataluña.

No se trata, por lo tanto, de impedir que vuelva a defender su proyecto político, sino de evitar que lo haga de la misma forma en la que lo ha hecho hasta ahora y que ha dado lugar a hechos bien conocidos por su notoriedad, que, como hasta aquí se ha dicho, y sin perjuicio del resultado de la fase de instrucción o de lo que en su día pudiera decidir un Tribunal, presentan sólidos caracteres delictivos.

SEPTIMO.- Al recurso presentado por Oriol Junqueras se han adherido mediante sendos escritos los investigados, igualmente en situación de prisión preventiva, Jordi Sánchez i Picanyol y Joan Josep Nuet i Pujals.

1. Tal adhesión no puede considerarse como un recurso contra la decisión que les afecta personalmente en tanto que acordó mantener su situación de prisión provisional, pues en su momento no interpusieron el recurso procedente dentro del plazo legal. Por lo tanto, sus argumentos solamente pueden ser tenidos en cuenta como refuerzo de los contenidos en el escrito presentado por el recurrente Oriol Junqueras, y en favor de las tesis sostenidas por este último. No es necesario, pues, examinar las circunstancias concretas relativas a la justificación de la medida cautelar acordada respecto de los otros dos antes mencionados.

2. El primero de ellos se centra en la negación del riesgo de reiteración delictiva, y señala que resulta dificultoso desde la perspectiva de la presunción de inocencia decidir que un ciudadano debe ser privado de su libertad no por los hechos ya cometidos, sino por aquellos otros que se entienda que podrá llegar a cometer en el futuro, posibilidad que considera dudosamente compatible con el principio de culpabilidad.

A la cuestión ya se ha hecho una referencia sucinta más arriba. La prisión provisional no se justifica por la peligrosidad general del sujeto, sino por la probabilidad de que, habiendo cometido ya una conducta que se presenta como delictiva, en la medida en la que subsisten las mismas razones que le impulsaron a ejecutarla, y también teniendo en cuenta que se mantiene igualmente la posición personal o profesional que le permitió llevarla a cabo, puede pensarse de forma racional y seriamente fundada que, si tiene la ocasión, continuará con su comisión hasta alcanzar la finalidad que la alentaba.

En el caso, como se ha dicho no existe ningún dato relevante que indique de forma seria que el recurrente ha abandonado su pretensión de alcanzar la independencia de Cataluña mediante una declaración unilateral acompañada de movilizaciones populares que obliguen al Estado a aceptarla, con los consiguientes riesgos, ya concretados en el pasado inmediato, de que se produzcan nuevamente episodios de violencia o tumultos contra quienes, actuando de parte del Estado, pretenden el cumplimiento de las leyes y la

efectividad de las resoluciones de los tribunales. Es cierto que el recurrente ya no ocupa el cargo de Vicepresidente del Gobierno autonómico, pero también lo es que su actividad y sus pretensiones políticas pueden situarlo nuevamente en una posición que, como ya se ha dicho, es preponderante en el momento de adoptar decisiones en esta cuestión.

3. En cuanto al segundo, señala que la decisión que se impugna en el recurso se basa en dos aspectos. De un lado, el documento “Enfocats”, de cuyo análisis prescinde al considerarlo propio de un momento ulterior de la instrucción; y, de otro lado, la capacidad que tendría el recurrente para decidir sobre la idoneidad y el momento en el que era conveniente desplegar cada uno de los comportamientos del *procés*. Se queja de la ausencia de evaluación, aún en términos de indicios del factor de probabilidad del riesgo de reiteración delictiva, y argumenta que no se dan ahora las confluencias políticas que permitieron las manifestaciones masivas de setiembre y octubre pasados y que no se producen ya movilizaciones masivas que produzcan riesgos como los descritos en la querella.

La cuestión, sustancialmente, ya ha sido examinada más arriba. La probabilidad de reiteración delictiva no solo depende de las condiciones externas, sino de la actitud del sujeto. Dicho con otras palabras, la probabilidad de nuevas movilizaciones depende en una parte importante de la conducta del recurrente, dada su relevancia política, entonces como Vicepresidente del Gobierno Autonómico y ahora como candidato a la Presidencia del mismo. El proyecto político subsiste y el recurrente no lo ha abandonado. La vía para alcanzar el objetivo propuesto, en la línea mantenida hasta ahora, tampoco consta que haya sido abandonada. Y el seguimiento de la misma ya ha conducido a los hechos que son investigados en esta causa. De todo ello se desprende un riesgo relevante de reiteración en la misma conducta delictiva.

Por todo lo antes expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto por Oriol Junqueras Vies, sin perjuicio de que nuevas circunstancias

puedan aconsejar al Instructor una modificación de la situación personal del recurrente o de los demás investigados.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso interpuesto por Oriol Junqueras Vies, así como las adhesiones al mismo.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como letrada de la Administración de Justicia, certifico.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

