

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

, Procuradora de los Tribunales y del ILMO. SR. **ORIO**
JUNQUERAS VIES, cuyas demás circunstancias constan en el **Recurso de**
Apelación 1/2017 (Recurso 20907/2017) de la Sección 4ª (Sala de
Apelación) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, **Causa Especial**
20907/2017 de la misma Sala del Excmo. Tribunal Supremo, comparezco y,
como mejor en derecho proceda, DIGO:

Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44.1 y concordantes de la Ley
Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), mediante el
presente escrito interpongo RECURSO DE AMPARO
CONSTITUCIONAL contra el Auto de la Sala de Apelación de la Sala
Segunda del Tribunal Supremo de fecha 5 de enero de 2018 y contra el Auto
del Excmo. Instructor de la Sala Penal del mismo Tribunal de fecha 4 de

diciembre de 2017; y ello por la violación de los derechos fundamentales a la libertad, a la libertad ideológica, al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la legalidad, a la participación y representación políticas, al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en los artículos 16, 17, 23, 24 y 25 de la Constitución Española (en adelante CE).

En dicho procedimiento judicial es parte mi representado el Ilmo. Sr. Oriol Junqueras Vies, mayor de edad, cuyas demás circunstancias constan en el mencionado procedimiento. Se encuentra en prisión provisional desde el día 2 de noviembre de 2017 interno en el Centro Penitenciario Madrid-VII.

La comparecencia e interposición del presente Recurso se produce dentro del término señalado por el artículo 44.2 LOTC, pasando a continuación a exponer los hechos o antecedentes del recurso, los fundamentos jurídicos en que se basa esta demanda y la pretensión que formula esta parte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional se instruyeron las Diligencias Previas 82/2017 contra mi representado y otros, causa posteriormente remitida para su acumulación a la Causa Especial 20907/2017 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- Al tiempo de su inicial incoación, mi mandante fue citado para comparecer ante el Juzgado Central de Instrucción nº3 que, tras la celebración de la oportuna comparecencia del artículo 505 LECr, decretó la

prisión provisional sin fianza respecto de mi mandante a través de su Auto de fecha 2 de noviembre de 2017.

TERCERO.- Tras la acumulación de las actuaciones a la Causa Especial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la representación procesal del Ilmo. Sr. Oriol Junqueras i Vies solicitó la libertad provisional del investigado, que fue denegada mediante Auto de 4 de diciembre de 2017 de mantenimiento de la medida cautelar personal. Dicha resolución fue apelada ante la Sala de Apelaciones de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo.

CUARTO.- El recurso fue admitido a trámite, celebrándose vista el día 4 de enero de 2018 ante la Sala de Apelación del Tribunal Supremo. En dicho recurso se alegaba la vulneración de derechos fundamentales del investigado tal y como se hará en el presente recurso. La Sala de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso interpuesto con mantenimiento de la prisión provisional.

QUINTO.- Esta última resolución fue notificada a la representación del investigado el día 5 de enero de 2018, razón ésta por la que antes de que transcurran los treinta días de plazo conferidos legalmente desde dicha fecha, se interpone este recurso de amparo.

SEXTO.- Mi mandante lleva ya **más de 100 días en prisión.**

SÉPTIMO.- Se acompaña a la presente demanda copia simple de las resoluciones judiciales impugnadas.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- CONSIDERACIONES PREVIAS

La natural vaguedad del concepto de “relevancia constitucional” que debe exigirse de una impugnación ante este Excmo. Tribunal Constitucional resulta, en el caso que nos ocupa, poco reto interpretativo para esta representación pues la importancia del debate que sometemos al Tribunal al que nos dirigimos es enorme tanto en lo que concierne a los intereses en juego (la libertad de un ciudadano en prisión provisional) como a su alcance, pues pone en entredicho el respeto a múltiples derechos fundamentales, algunos de ellos de tal preeminencia y singularidad que abogan por la admisión de la impugnación y, por supuesto, por su estimación urgente.

Es por ello que seguidamente argumentaremos por qué las resoluciones recurridas ponen en crisis el modelo constitucional al prescindir de un análisis de la cuestión litigiosa que pondere los derechos e intereses en juego, valorándolos de forma ajena a su real importancia, y que nos lleva a defender la necesidad de dar prevalencia a la libertad del investigado (o de imponer cualquier medida cautelar personal menos gravosa que la prisión provisional sin fianza) como garantía del respeto a los derechos fundamentales que este Excmo. Tribunal debe tutelar.

El presente recurso, aunque suponga al tiempo el agotamiento de la vía interna que reclama el artículo 35.1 CEDH para el acceso a la jurisdicción internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formula en la confianza de que este Excmo. Tribunal sabrá valorar adecuadamente los derechos fundamentales implicados en la decisión judicial y sabrá tutelarlos mediante la revocación de las resoluciones.

La decisión que solicitamos del Tribunal no es otra que la de dar vigencia a los derechos fundamentales alegados y en tal sentido determinar la necesidad de aminorar la gravedad de la medida cautelar impuesta a mi mandante, mediante la aplicación de cualquier otra que no implique su incondicional encarcelamiento.

SEGUNDO.- JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY Y JUEZ IMPARCIAL

Son diferentes los argumentos que aunamos bajo el presente motivo, todos ellos relativos a los derechos que se relacionan con la figura del juzgador y que se integrarían bajo el paraguas del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley o al juez imparcial como manifestación de la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías (24.1 y 24.2 CE) y que encuentran también acomodo en el derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH. En concreto hemos de plantear la existencia de los vicios siguientes:

- Imposibilidad de recusación del Tribunal Constitucional.
- Violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.
- Violación del derecho a la doble instancia penal.

Dichos argumentos que cuestionan la habilidad del Juzgador para el dictado de la resolución recurrida deberían llevar a su revocación.

A) JUEZ IMPARCIAL. IMPOSIBILIDAD DE RECUSACIÓN

Se impide a esta parte cuestionar la imparcialidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

No vamos a desarrollar de forma extensa el primero de nuestros argumentos y que tiene que ver con la imposibilidad de articular de forma efectiva mecanismos de recusación ante el propio Tribunal Constitucional. La cuestión está resuelta por este mismo Tribunal, y por tanto sobran más argumentaciones. Como muestra de lo que manifestamos hay constancia del Auto de fecha 7 de septiembre de 2017 (Asunto 6330-2015) de este Excmo. Tribunal que inadmitía a trámite un incidente de recusación por los motivos de imposibilidad de sustitución de los Magistrados (FJ 2º) y demás fundamentos jurídicos que constan en dicha resolución.

Sabe perfectamente el Tribunal que todas las decisiones relativas a los procesos judiciales relacionados con lo que se ha denominado el “proceso de independencia de Catalunya” parten o se fundamentan en imputaciones vinculadas con actos de supuesta desobediencia al Tribunal Constitucional, y que ha sido este mismo Tribunal el que, mediante una valoración jurídico penal de las conductas de, entre otros, mi representado, ha determinado en distintas ocasiones deducir testimonio de actuaciones al Ministerio Fiscal por si cupiera la formulación de acciones penales.

Por más provisional y limitada que haya sido la valoración jurídico penal efectuada por este Excmo. Tribunal de las conductas de mi representado (o de otras personas cuyos actos se integran en la imputación que pesa sobre el Sr. Junqueras), esa valoración existe en todas aquellas resoluciones que determinaban la deducción de testimonio al Ministerio Fiscal. Lo cierto es que la imputación que ahora pesa sobre el Sr. Oriol Junqueras coincide con la valoración que el Tribunal Constitucional ha efectuado previamente de actos de supuesta desatención a sus resoluciones o desobediencia.

Siendo ello así, esta parte se encuentra huérfana de la posibilidad de plantear recusación del Tribunal por los motivos que se contienen, entre otras, en la resolución referenciada y ello supone una lesión del derecho al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (24.1 y 24.2 CE), así como una violación del derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH que debemos poner de manifiesto a los efectos que procedan.

B) JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

El Tribunal Supremo no tiene competencia alguna para investigar o enjuiciar los hechos que se atribuyen a mi mandante.

El mantenimiento de la prisión provisional de mi mandante lo ha determinado un Tribunal que no tiene atribuida la competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos objeto de imputación.

En efecto, al asumir la competencia sobre los hechos de Catalunya, tal como reza el auto de admisión de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra los integrantes de la mesa del Parlament, de 31 de octubre pasado, el Tribunal Supremo se basa en el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Catalunya. Tal precepto establece que: *En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

Sin embargo, ninguno de los encausados (y por tanto tampoco mi representado) hasta la fecha ha cometido ningún delito fuera del territorio catalán. Evidentemente no lo han cometido porque no han cometido delito alguno, pero incluso a efectos dialécticos y asumiendo para nuestro discurso la atribución de los delitos de rebelión, sedición y malversación, no cabría en modo alguno determinar la competencia del Tribunal Supremo para su

investigación y enjuiciamiento, con imposibilidad, además, de dictar resoluciones relativas a medidas cautelares personales.

Rebelión y sedición, aunque atacan a bienes jurídicos diversos (la constitución y el orden público, respectivamente), tienen una estructura similar cuyo verbo nuclear es el de “alzarse”.

Estamos en presencia de lo que se denomina delitos de consumación anticipada. Ello quiere decir que el delito se ha perfeccionado con el alzamiento, en cualquiera de sus modalidades, y que la finalidad que se persigue no requiere ser alcanzada; es simplemente, la intención que guía al autor.

Si dichos delitos de consuman con el alzamiento legalmente descrito, tales presuntos alzamientos (dicho sea solo a título de hipótesis retórica) se habrían producido en Barcelona u otros lugares de Catalunya, es decir, donde se hubieran producido esas supuestas insurrecciones violentas. No hay noticia de que se haya cometido ninguna fuera del Principado.

Huelga decir que la calificación que se baraja repetidamente como subsidiaria por el propio Tribunal Supremo, la de la comisión de actos preparatorios punibles, abogaría *a fortiori* por la inexistencia de actuaciones fuera del territorio catalán.

Con la malversación sucede algo análogo: si se han materializado (también a título de mera hipótesis) disposiciones indebidas de dinero público, en tales supuestos ha sido del presupuesto de la Generalitat y no constan cometidas en ningún otro lugar que no sea Catalunya.

Conoce sobradamente este Excmo. Tribunal el precedente análogo en el que se discutió el alcance de la jurisdicción del Tribunal Supremo con relación al referéndum o consulta que se llevó a cabo en Catalunya el 9 de noviembre de 2014.

Al presentarse querrela ante el Tribunal Supremo contra representantes políticos catalanes, el Ministerio Fiscal y la Sala Segunda del Tribunal Supremo rechazaron *a limine* la competencia del Alto Tribunal (ATS de 12 de noviembre de 2014).

El propio Tribunal Supremo calificaba entonces de *inadmisible* la interpretación que le atribuiría competencia sobre los hechos y resaltaba que ello supondría un quebrantamiento flagrante de las previsiones del artículo 24.2 CE. Se decía en el Auto mencionado que *las repercusiones o trascendencia más allá de esa circunscripción no alteran esa realidad. El lugar de comisión de las infracciones a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia ha de entenderse en un sentido predominantemente naturalístico: donde se llevan a cabo las acciones o acaecen los resultados tipificados como delito. Que esa actividad pueda trascender a otros lugares no habilita para dar pábulo a voluntariosos esfuerzos que muten ese cristalino criterio legal competencial, establecido a nivel de legislación orgánica, que conecta con el constitucional derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.*

Ese derecho al juez ordinario predeterminado por la ley no es mera retórica y lo que efectúa el Tribunal Supremo al asumir, ahora, la competencia sobre los hechos objeto de querrela es una argumentación errónea al confundir el resultado del delito con sus efectos y, al mismo tiempo, contraria a sus propios precedentes de forma imprevisible.

El resultado de un delito es la alteración del mundo exterior fruto de una conducta criminal, resultado que determina la pena, mientras que los efectos, algo extrapenal, pueden ser, por ejemplo, el dolor de la víctima o la pena que producirá en sus allegados.

Pero tal dolor o pena producido en tan diversas conductas criminales, que pueden tener lugar a lo largo y ancho del mundo (en función de la amplitud

de relaciones personales e íntimas de la víctima), son penalmente irrelevantes y menos aun procesalmente a los efectos de determinar la competencia de los tribunales que hayan de ver ese delito. Sólo es relevante el resultado cuando esa alteración del mundo exterior se produce en jurisdicción distinta de la de la acción, cosa infrecuente.

Podría defenderse que los efectos políticos, sentimentales, sociales o de cualquiera otro orden han podido ser experimentados en toda España o incluso fuera del Estado, pero estos sentimientos y otros tipos de efectos para nada integran ningún elemento delictivo y por tanto no son susceptibles de engendrar una nueva competencia judicial.

El motivo de residenciar en el Tribunal Supremo la jurisdicción no es otro que alterar el sistema legal de competencias y buscar por el Ministerio Fiscal un foro más proclive a sus pretensiones, un *forum shopping* contrario, como no puede ser de otra forma, a las previsiones constitucionales.

Se vulnera, por tanto, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (24.2 CE) y el derecho al juicio justo (6 CEDH).

C) AUSENCIA DE DOBLE INSTANCIA PENAL

La atribución de competencia efectuada indebidamente por el Tribunal Supremo **anula las posibilidades de revisión** de sus decisiones.

En la jurisdicción ordinaria, los actos del juez de instrucción se someten al análisis de la Audiencia Provincial cuando resuelve todas las incidencias que se suscitan a lo largo de la investigación. Cuando la causa, cuya instrucción ha concluido, debe ir a juicio oral, de acuerdo con las previsiones procedimentales o bien va a un Juzgado de lo Penal, a un juicio por Jurado o a una sección de la Audiencia Provincial correspondiente. Lo mismo sucede en la Audiencia Nacional. Aunque propiamente el juicio oral no es la segunda instancia de la instrucción, algunos efectos son materialmente

idénticos. Hasta tal punto se asegura esa plena doble instancia en instrucción y en juicio oral respecto a la instrucción, que el órgano final de enjuiciamiento siempre ha de ser distinto en su composición al que entendió de cualquier tipo de recurso durante la tramitación primaria de la causa. La doctrina y práctica de este Excmo. Tribunal y del Tribunal Supremo, así como de las Audiencia Provinciales, es inequívocamente uniforme y constante.

Pues bien, con la errónea atribución de competencia por aforamiento, esta doble instancia en instrucción y en juicio oral se pierde radicalmente y genera además perjuicios, como en el caso que nos ocupa, para investigados no aforados que se someten por razones de conexidad al proceso seguido respecto de los aforados.

En primer término, el juez instructor de la Sala penal del Tribunal Supremo es un delegado *ad hoc* de la propia Sala y no está sometido jerárquicamente a sus compañeros de Sala. La llamada ahora Sala de apelaciones (inexistente en el esquema del Tribunal Supremo) está integrada por compañeros del instructor, al igual que la sala de enjuiciamiento: todos son miembros con idéntica categoría, esto es, Magistrados de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, máximo escalafón de la carrera judicial.

La llamada Sala de apelaciones del Tribunal Supremo no es una sala orgánica y su composición, siempre *ad hoc*, es *a priori* ignota: no consta publicado el turno por el que se han de integrar los magistrados en ella. Y, nada impide, que en una próxima Sala *ad hoc* de apelaciones el actual instructor forme parte del gremio judicial que ha de enjuiciar la labor de otro instructor de otra causa especial de las que compete al Tribunal Supremo, que, a su vez, ha podido controlar su previa labor de investigación. La situación que se describe hace que la garantía objetiva *ad extra* del control de la instrucción no sea llevado a cabo por un órgano superior del órgano que instruye y con

ello desaparece la doble instancia y queda en entredicho la imparcialidad y transparencia del tribunal. Como la tutela judicial ha de ser real y efectiva, aquí no lo es, porque objetivamente no lo puede ser.

La persistencia en la asunción de una competencia que no le pertenece al Tribunal Supremo implica indefectiblemente la lesión del derecho fundamental invocado, puesto que en caso de respetarse la competencia legalmente prevista en el juez natural, ninguno de los investigados se vería privado de una segunda instancia de revisión, cosa que sí sucede actualmente.

La lesión resulta evidente desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, el proceso con todas las garantías (24.1 y 24.2 CE), el juicio justo (6 CEDH) y el derecho a la doble instancia penal (artículo 2 del Protocolo 7º CEDH).

TERCERO.- DERECHO A LA LIBERTAD

Aparte del anterior cuestionamiento del propio órgano de resolución, existen otro tipo de vulneraciones de derechos relevantes y es que la resolución recurrida no efectúa en modo alguno un juicio de ponderación o de proporcionalidad en el establecimiento de la medida cautelar de prisión provisional, que otorgue vigencia al derecho a la libertad (17 CE y 5 CEDH) ni a los demás derechos inherentes a la personalidad, como podría ser el derecho a la vida familiar que encuentra especial mención y desarrollo en el artículo 8 CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

La libertad deambulatoria es un derecho preeminente y a tal fin **su restricción debe siempre adoptarse de forma excepcional** (STEDH Amuur 1996).

Mi mandante, cuya familia estricta se componen de su mujer y sus dos hijos menores de edad, se encuentra, por mor de la resolución recurrida y las posteriores que le han denegado el traslado a un Centro Penitenciario próximo a Cataluña, a 650 kms de su hogar.

El TEDH ha señalado con relación al artículo 8 CEDH que debe extremarse el cuidado en la adopción de decisiones que puedan conducir a un deterioro de las relaciones familiares, sobre todo con respecto a hijos menores, puesto que tal situación de desapego podría dar lugar a daños irreparables de los que resultarían víctimas no sólo el investigado sino sus hijos menores.

Y debemos resaltar que la fundamentación de la restricción de la libertad se efectúa con relación a un pretendido “riesgo de reiteración delictiva” cuya presencia se presupone sin encontrar acomodo en razonamiento objetivo alguno.

Las resoluciones recurridas ni explicitan ni concretan suficientemente el supuesto riesgo de reiteración delictiva, que no se fundamenta en razones objetivas, ni resulta actual dada la realidad (que no debe probarse al ser de público conocimiento) de que mi mandante no es candidato a la Presidencia de la Generalitat, hecho que precisamente la Sala de Apelación valoraba como indicio de la existencia del pretendido riesgo.

Este Excmo. Tribunal deberá reconocer que existe un recurso legal idóneo para la contención de un eventual (aunque negado) riesgo de reiteración delictiva, que es el de la existencia de una amplia facultad de revisión de la medida cautelar. Ninguno de los investigados que se encuentran en libertad provisional ha dado muestra de reiteración delictiva alguna, y así lo han confirmado los tribunales, por lo que no se entiende por qué había mi

mandante de comportarse de forma distinta atendido el panorama político actual en el que no existen condiciones para esa supuesta reiteración, ni voluntad de mi mandante ni de su partido político de ejecutar acto ilícito alguno.

Más allá de la legítima discrepancia que pueda existir sobre la ideología política de mi mandante, su actuación y su discurso son los de una persona pacifista y así es concebido ampliamente tanto en Catalunya como fuera de ella. Contrariamente, su ideología, principios o consciencia es tomada como elemento fundamentador de la medida cautelar que impugnamos, en un ejercicio proscrito por el texto constitucional.

Las resoluciones recurridas, por tanto, lesionan el derecho a la libertad del Sr. Oriol Junqueras i Vies así como los demás derechos personalísimos incompatibles con su situación de encarcelamiento.

CUARTO.- LIBERTAD IDEOLÓGICA Y DERECHOS POLÍTICOS

En el presente motivo se desarrollará nuestra argumentación relativa a la vulneración, por las resoluciones impugnadas, de los derechos de participación y representación política y de la libertad ideológica, que no han sido ponderados en dichas resoluciones ni analizados debidamente para impedir su violación. La prisión provisional sin fianza lesiona dichos preeminentes derechos de forma insubsanable.

A) DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y A LA REPRESENTACIÓN

La resolución recurrida **destruye los derechos políticos de un parlamentario y los de la ciudadanía** a quien representa.

Es sabido que el art. 23 CE engloba hasta tres derechos autónomos según la doctrina del Tribunal Constitucional: el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (ap. 1); el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (ap. 2), que se desdobra, según la propia jurisprudencia constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos incluido en el sufragio pasivo, y en el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 CE. Tal previsión arranca del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y cuenta con el antecedente directo del art. 40 de la Constitución de la Segunda República.

Así pues, en el momento de acceder a un cargo público se está ejerciendo el derecho de sufragio pasivo, cuyo contenido esencial es el de asegurar que accedan al mismo aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, han elegido, con lo que ese derecho será satisfecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos.

El derecho de acceso a los cargos públicos, como derecho de igualdad que es, resulta violado si se produce un supuesto de discriminación o preterición infundada en el proceso de acceso al cargo público representativo. Y no puede ser de otro modo, pues tradicionalmente se ha manifestado tal derecho como una consecuencia necesaria del principio de igualdad; igualdad que

está subrayada en la misma declaración constitucional: se trata de una igualdad referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla:

[El artículo 23.2 CE] *consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3). Cualesquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE –acceso, permanencia y ejercicio- está delimitado –con arreglo al propio precepto constitucional por la necesidad de llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes” (según reza la STC 298/2006, FJ 6).*

Por otra parte, el art. 23.2 CE garantiza igualmente, y ello es aquí relevante, que los que hayan accedido a los cargos **se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas**, ya que, de otro modo, la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico.

En efecto, la Constitución impide con firmeza la perturbación al representante político de la práctica de su cargo, mediante la introducción de obstáculos que puedan situar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros, situación con la que se enfrenta mi representado en condición de diputado del Parlamento de Cataluña. El derecho de acceso a cargo público representativo ha de contener, pues, el derecho a permanecer en el cargo representativo, esto es, el derecho a no ser removido del cargo o función pública al que se accede si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos; del mismo modo, el legislador tampoco puede imponer restricciones al ejercicio del cargo o a la permanencia en el mismo que *más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo* (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6).

Y aunque lo expuesto tiene un alcance general, es en el ámbito relativo a miembros de las Asambleas Legislativas donde hallamos nutrida jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, habida cuenta de la naturaleza específica de tales órganos y de los valores esenciales de nuestro sistema de democracia representativa.

Es el Reglamento del Parlamento de Cataluña el que fija y ordena los derechos y atribuciones que corresponden a los parlamentarios y prevé los supuestos tasados de suspensión (o privación) del ejercicio de los mismos, una vez adquirida la pena condición de diputado. Y, en concreto, este sólo prevé que pueda suspenderse la condición de diputado *a) Si es firme el auto de procesamiento o de apertura del juicio oral y el Pleno del Parlamento lo acuerda por mayoría absoluta, atendiendo a la naturaleza de los hechos imputados; b) por acuerdo del Pleno, adoptado por mayoría absoluta, si han*

sido condenados por sentencia firme a una pena de privación de libertad que imposibilite la asistencia a las sesiones plenarias. (art. 25.1 b RPC).

Es lo cierto que, según la doctrina constitucional *a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidas al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa* (STC 169/2009, de 9 de julio). Se trata, según el TC, de las funciones del representante, que conforman el contenido del derecho (art. 23.2 CE) y que materializan lo esencial de la actividad parlamentaria y que desglosa la jurisprudencia del TC: por ejemplo, el derecho a la información, el derecho a la interrogación, a tramitar propuestas, a presentar enmiendas, etc.

Pero es que es precisamente el ejercicio de tales funciones, y otras que podrían significarse, las que han sido privadas al Sr. Oriol Junqueras i Vies por una decisión judicial como la que es objeto de impugnación, que le impide ejercer sus derechos como parlamentario y ello pese a haber adquirido plenamente la condición de diputado del Parlamento de Cataluña *ex art. 23 de su Reglamento*, además de que no existe ningún tipo de impedimento por parte de un órgano de la Cámara que impida o coarte legítimamente su práctica.

No es óbice para la anterior manifestación la remisión a supuestas posibilidades de “ejercicio” de los derechos del parlamentario que pudiesen ser autorizadas por el órgano judicial, pues como sabe perfectamente este Excmo. Tribunal, ha sido el propio Tribunal Supremo mediante Auto de 12 de enero de 2018 del Instructor de la Causa Especial seguida contra mi mandante, quien ha determinado la imposibilidad de ejercer cualquier atribución como parlamentario, aplicando una “incapacitación legal”

novedosa en derecho así como una interpretación del propio RPC contra todo precedente.

En suma, si a un candidato proclamado electo no se le permite acceder a su cargo, circunstancia que concurre en mi representado, al ser mantenido su privación de libertad con impedimento de asistir a determinadas sesiones de los diferentes órganos del Parlamento de Cataluña de los que es miembro, o incluso se le está privando de la posibilidad de desarrollar la función para la que ha sido elegido, se está vulnerando su derecho de sufragio pasivo como candidato electo, y también el derecho de sufragio activo de todos los ciudadanos que, con su voto, contribuyeron a su elección.

En este mismo contexto hay que tener presente que este Excmo. Tribunal ha señalado con insistencia a través de una significativa doctrina, la íntima conexión entre los apartados 1 y 2 del art. 23 CE. Esto es, como sea que este precepto hace referencia al ejercicio del cargo “en condiciones de igualdad”, no hay duda de que este último principio se mantiene con más fuerza si cabe cuando se trata del acceso a funciones representativas y no a otro tipo de cargos públicos, pues se refiere a la condición de elegibilidad, esto es, a la ciudadanía equiparada a la condición del elector.

El Tribunal Constitucional ha insistido en la relación existente, en el caso de cargos representativos, entre los derechos garantizados en los dos apartados del art. 23 CE, esto es, entre el derecho de sufragio activo y pasivo. Ese vínculo no puede desconocerse a la hora de interpretar ambos derechos pues son indisociables de una misma institución, sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. 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 y que aparecen como modalidades o variantes del mismo principio de representación política.

Así, una vez que el candidato recibe el apoyo del electorado, se convierte en representante del conjunto de la ciudadanía, y no sólo de los votantes directos, en virtud de la prohibición del mandato imperativo. Esto ha sido reiterado por la doctrina constitucional, entre otras en la STC 10/1983, en la que, en otro momento, se afirma que *los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral*.

En suma, la representación realizada a través de procesos electorales establece formas de participación en el poder y de legitimación política a través de la vía representativa. Y esta representación política es precisamente el cauce que hace posible la participación del pueblo en el poder, elemento inherente al principio democrático, vinculada a la soberanía popular, que ejerce una función legitimadora pues la participación del pueblo en el poder, permite establecer nuevos vínculos entre representante y representado.

El daño que los ciudadanos, como representantes, padezcan, *no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno, pues [tal trato discriminatorio o perturbación que pueda sufrir el representante] afecta en primer término a su propio ámbito protegido y sólo indirectamente [...] a la situación jurídica de los representados* (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4). Con lo que surge así una vertiente del derecho fundamental del art. 23.2 CE y una clara interrelación, mediante la cual se produce un vínculo argumental ente el derecho del representante al ejercicio de su cargo y el derecho de los ciudadanos a verse representados a través de él.

Existe, entonces, una instrumentalidad del derecho fundamental reconocido en el apartado 2 en relación con el consagrado en el apartado 1, ambos del art. 23 CE, sin que ello impida la identificación del contenido propio de cada uno de estos dos derechos fundamentales. Uno y otro *se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, pero ello no quiere decir que se manifiesten tan absolutamente fusionados que no sea posible conceptuarlos [...] como derechos susceptibles de tratamiento autónomo* (STC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3).

Por su parte, el artículo 3 del Protocolo núm. 1 (anexo al Convenio Europeo de los Derechos Humanos), protege no sólo el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, la elegibilidad, en el momento de acceso al cargo, sino también en un momento posterior, en el del ejercicio o mantenimiento en este cargo. Esta conclusión se desprende del hecho de que los límites en el ejercicio del cargo o el cese conllevan no sólo una restricción de los derechos del representante político sino también la de todos aquellos ciudadanos que lo han elegido y, por tanto, conllevan la vulneración de derechos fundamentales. En otras palabras, el CEDH otorga una garantía de defensa contra los ceses indebidos e ilegítimas interferencias. Esta protección permite al sujeto afectado mantenerse en el cargo sin restricciones ilegítimas y en el caso de que estas no cesen, el otorgamiento del amparo del TEDH con reparación de daños y perjuicios.

B) LIBERTAD IDEOLÓGICA

La prisión provisional **castiga la ideología del recurrente.**

No puede desconocerse que el presente procedimiento es tributario de la crisis constitucional que desde hace algún tiempo experimenta la relación Cataluña–España, y que afecta al conjunto del sistema autonómico constitucionalizado en 1978, e incluso a los derechos y libertades de los ciudadanos.

En este contexto, se ha impuesto por parte de determinados sectores políticos y jurídicos una interpretación de la Constitución por la que no cabría siquiera estar en desacuerdo con la Constitución o alcanzar un pacto político para realizar una consulta vinculante, previa al ejercicio de una facultad que la propia Constitución reconoce a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas (la iniciativa de reforma constitucional), que permita conocer el apoyo real a la opción de crear un Estado propio en Cataluña, de forma análoga a lo acontecido en el Reino Unido con Escocia.

De ahí arranca buena parte del problema, en el sentido que las sucesivas decisiones de este Excmo. Tribunal están afectando al núcleo esencial de las funciones del Parlamento, al haber prohibido la tramitación y debate de iniciativas parlamentarias a pesar de que, como se dirá más adelante, el propio Tribunal sostiene que todas las opciones políticas son legítimas, siempre que respeten los principios democráticos y los derechos fundamentales.

De ahí la alegación a la libertad ideológica del artículo 16 CE que este Excmo. Tribunal debe también valorar a fin de declarar la regularidad o necesidad del mantenimiento de la medida cautelar que pesa sobre mi mandante.

Proscribir el debate de las ideas es, pues, simple y llanamente incompatible con la democracia. Como ha caracterizado este Excmo. Tribunal, el principio democrático es un *valor superior de nuestro ordenamiento, reflejado en el artículo 1.1 CE* (STC 204/2011, de 15 de diciembre FJ 8). Y según el Tribunal de Estrasburgo, *la libertad de expresión lo es todo para un elegido del pueblo; representa a sus electores, pone de relieve sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario [...] deben llevar al tribunal a efectuar uno de los controles más estrictos* (STEDH, de 23 de abril de 1992, Asunto Castells c. España).

En efecto, la Constitución **no prohíbe ni establece límites al debate político**, especialmente del que se produce en sede parlamentaria, aun cuando se dé una discrepancia entre el proyecto o idea que se debate y el contenido de la Constitución. Como ha señalado reiteradamente este Excmo. Tribunal, la Constitución ampara el derecho a promover y defender cualquier idea política, incluso cuando esta no coincida o encaje con los postulados constitucionales vigentes, porque ese derecho tiene su fundamento en el principio democrático, que permite un debate libre en cuanto a su contenido y alcance si ese debate se formula pacíficamente, con respecto a los derechos fundamentales y por medios políticos.

El debate en sede parlamentaria es consubstancial con la democracia representativa, máxime si el debate es exigido por los propios parlamentarios como representantes del pueblo. El debate de las ideas es necesario en cualquier democracia y más en un contexto como el de Cataluña en la actualidad, en el que la discusión sobre las distintas opciones del futuro político ha monopolizado y monopoliza buena parte del debate político. En

este contexto resulta, como mínimo, anómalo poner límites especialmente en la institución que representa al pueblo de Cataluña.

Y ello es relevante porque, a nuestro parecer, no se está enjuiciando exclusivamente la comisión de unos presuntos ilícitos penales sino las ideas independentistas de mi representado. Aunque pueda generar incompreensión entre las personas que legítimamente defienden la unidad de España, es evidente que no constituye delito alguno pretender modificar el principio de unidad política que consagra el art. 2 CE, algo que, por así decirlo, podría caracterizar a las personas que defienden la independencia de Cataluña. De hecho, la mayoría de Estados no tienen ese valor como fundamento, a excepción de la República francesa.

Mi representado, y el resto de encausados junto a él, no han dejado ni van a dejar de ser independentistas, ni nadie puede exigirles lo contrario. Tener unas determinadas ideas políticas, y mucho menos defenderlas, no puede ser nunca perseguible penalmente. Como es bien sabido, en la STC 42/2014 (FJ 4), el Tribunal Constitucional declaró que *la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución* (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6; 31/2009, de 29 de enero, FJ 13).

Por otra parte, como también ha declarado el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión vale no sólo para la difusión de ideas u opiniones acogidas con favor o consideradas indiferentes *sino también para aquellas*

que contrarían, chocan o inquietan al Estado o una parte cualquiera de la población (STC 235/2007 y STEDH de 24 de febrero de 1997).

Así, si como ha reconocido este Excmo. Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento tienen cabida cuantas ideas quieran defenderse, y también las decisiones y actos parlamentarios, de naturaleza política, incluida una declaración de independencia que, como es público y notorio, no fue seguida de actos jurídicos que la materializasen, y que fueron fruto de la legítima libertad de expresión de unos diputados que conformaban una amplia mayoría parlamentaria y que expresaban una voluntad política cuya eficacia se incardinaba en procedimientos parlamentarios independientes, basados en el debate político, y sin otra aspiración de juridicidad que la de ejercer la democracia y la libertad de expresión.

Los Estatutos de autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad autónoma (art. 147.1 CE) son, a falta de referencias constitucionales, el lugar adecuado para regular el estatuto de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad y a otras prerrogativas como la inmunidad parlamentaria (STC 36/1981, FJ 4). Y, en concreto, este instituto tiene acogida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su art. 57.

La STC 243/1988 definió la inviolabilidad de los parlamentarios como un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios *por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los*

parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan» (FJ 3).

Este Excmo. Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis, además, en la relación que debe establecerse entre la libertad de expresión y el derecho de participación de los representantes políticos afirmando que *no cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar"» (STC 136/1999, FJ 15).*

Como recoge esta misma Sentencia, los derechos de los artículos 20 y 23 CE, la libertad de expresión y el derecho de participación, contribuyen al unísono a los procesos de formación y exteriorización del poder político democrático, por lo que debe garantizarse la máxima libertad y los mejores medios para que los representantes y los grupos puedan hacer llegar a los electores cualquier tipo de opinión. En este sentido la más reciente STC 177/2015, con cita de la doctrina del TEDH, insiste en que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo, que representa sus electores y defiende sus intereses (por todas STEDH, de 15 de marzo de 2011). En otras palabras, la reciente STC 177/2015 ha acogido la doctrina establecida por el TEDH sobre el significado especial que tiene el discurso político desde la perspectiva de la protección de los artículos 20 CE y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), discurso que resulta *particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político.*

En el mismo sentido, la STEDH, de 27 de febrero de 2001 (Jerusalem vs Austria) afirma que *en una democracia, el Parlamento o cualquier cuerpo similar son los foros esenciales del debate político. Deben existir razones muy poderosas para justificar la injerencia en la libertad de expresión que en ellos se ejercita*. También la STEDH, del 16 de septiembre del 2014 (Szél y otros vs. Hungría), a los efectos del artículo 10.2 del CEDH, estableció que ambos derechos contribuyen a proteger la libertad de expresión en el seno del Parlamento y a mantener la separación de los poderes legislativo y judicial, así como también a la protección de una democracia política efectiva, que es una de las piedras angulares del sistema de la Convención Europea, especialmente cuando tienden a proteger la autonomía parlamentaria (apartado 42 de la STEDH).

Actualmente las decisiones tomadas por el Tribunal Supremo relativas a la situación personal de los investigados constituidos en prisión, resultan una indebida sanción a su ideología, a sus creencias y orientación política y en cualquier caso no tienen en cuenta, para determinar la conveniencia de la aplicación de las medidas cautelares, el valor de la libertad ideológica, de la libertad de expresión y los derechos a desarrollar actividad política pacíficamente.

QUINTO.- DERECHO A LA DEFENSA

La prisión provisional incondicional **limita indebidamente el derecho a la defensa de mi mandante y se dictó con transgresión de derechos y garantías** del investigado.

Como se dijo en el recurso de apelación y se desarrolló en la vista ante la Sala de recursos del Tribunal Supremo, la decisión de encarcelamiento de mi mandante se produjo con transgresión de las normas del procedimiento y causando indefensión, y la propia situación de prisión provisional está perjudicando a la defensa efectiva del investigado, dando lugar a la violación del artículo 24 CE y el artículo 6 CEDH.

Y es que el Sr. Junqueras vería garantizado su derecho a participar en condiciones en el proceso penal si pudiera hacerlo en libertad, sin las evidentes dificultades que conlleva la articulación de una tarea defensiva en situación de prisión provisional, alejado centenares de kilómetros de su letrado, con las dificultades de trabajo en las condiciones en las que las comunicaciones penitenciarias se desarrollan.

Tampoco debe pasarse por alto que, pese a la acumulación parcial de las DP 82/2017 del Juzgado Central de Instrucción nº3, existen aún procedimientos con objeto idéntico o análogo (en cualquier caso concurrente) con la Causa Especial y, en concreto, las Diligencias Previas 3/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya o las Diligencias Previas 118/2017 del Juzgado de Instrucción nº13 de Barcelona. La existencia de dichos **procedimientos paralelos** aboga nuevamente por extremar la prudencia si no se quiere generar nuevamente indefensión, puesto que se podría producir la situación que el propio Instructor preveía en su Auto de 24 de noviembre donde literalmente se decía que *el mantenimiento de una instrucción separada cuando ya se aprecian los elementos que justifican su unificación, comportaría que los encausados en cada uno de los procedimientos incoados, permanecería ajeno a la labor investigativa y de recopilación de fuentes de prueba que se despliegue en el proceso paralelo, comportando,*

de facto, la restricción del derecho a intervenir en una instrucción que operará finalmente en el esclarecimiento de su propia responsabilidad.

Un elemento trascendental para el análisis del presente recurso es el que tiene que ver con la forma en que se decretó la prisión provisional de mi mandante. Pese a que las decisiones que ahora se recurren han sido dictadas por el Tribunal Supremo, la prisión fue dictada inicialmente por el Juzgado Central de Instrucción nº3 de la Audiencia Nacional de una forma y a través de un procedimiento con clara indefensión y que generó vicios insubsanables, que las resoluciones recurridas actualmente arrastran.

El derecho a la defensa, al juicio justo o la prohibición de indefensión no son fórmulas retóricas sino contenido esencial del Estado de Derecho así como de los derechos y principios del derecho internacional de los estados democráticos.

El artículo 24 CE consagra el derecho a la tutela judicial efectiva así como la prohibición de la indefensión. La indefensión se origina cuando se limitan los medios de defensa a una de las partes sin que le sean directamente imputables las causas de dicha privación o limitación.

Como ha reiterado este Excmo. Tribunal *la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o **minoración sustancial del derecho de defensa**; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas la STC 40/2002).*

La jurisprudencia del TEDH ha desarrollado con profusión el alcance del derecho al juicio justo con relación a la tarea técnica de defensa, así *los investigados deben tener la oportunidad de **organizar su defensa de forma apropiada** y sin restricciones para poder ofrecer cualquier elemento relevante de defensa ante el Tribunal que pudiera influir en el resultado del proceso* (Gregačević c. Croacia).

Aunque resulta importante dar rapidez al proceso, ello no debe hacerse a expensas de los derechos procesales de una de las partes (OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia).

Los tribunales deben aplazar de oficio vistas para garantizar a la defensa un tiempo de preparación suficiente (Sadak y otros c. Turquía).

La defensa no puede ser privada de la obtención de copias de documentos relevantes para el caso (Rasmussen c. Polonia).

Y no debe nunca confundirse el derecho a conocer la acusación con el derecho a diseñar una estrategia defensiva. Incluso cuando un investigado sea informado de los hechos objeto de imputación ello no significa que no sea acreedor de un plazo razonable para la preparación de su defensa y la articulación de su estrategia de descargo.

Cualquier vulneración de derechos fundamentales produce la obligación de reparar la lesión y el efecto de invalidar aquellos actos y resoluciones procesales que se hubiesen efectuado en tales circunstancias, por lo que resultaría pertinente revocar la resolución que decreta la medida cautelar de mi mandante.

En el caso que nos ocupa, los investigados recibieron la citación para comparecer ante el Juzgado de Instrucción Central nº 3 el miércoles 1 de noviembre (día festivo) a partir de las 10:45 horas de la mañana. Y fueron citados a declarar el día siguiente jueves 2 de noviembre a las 09:00 horas. Es decir, recibieron la citación y se les dio traslado de la querella en día festivo y **a menos de 24 horas** de la fecha y hora prevista para la declaración.

Todos los investigados, o como mínimo los que declararon a presencia del letrado firmante, alegaron en sus declaraciones **no haber tenido tiempo de preparar su defensa**, no haber tenido tiempo de leer la querella que habían recibido, no haber tenido tiempo de recabar prueba documental en su descargo y, algunos de ellos, ni tan siquiera habían tenido tiempo de hablar con su abogado. Ello consta registrado en el acta videográfica correspondiente.

El tiempo transcurrido entre la citación y la toma de declaración resulta **objetivamente insuficiente para preparar una defensa** con garantías y ello también tiene que ver con unos concretos elementos:

- La querella tenía 117 páginas y estaba redactada con un relato fáctico complejo, cargado de valoraciones subjetivas, imposible de asimilar en tiempo récord ni por los profesionales de la defensa ni por los propios investigados que tiene derecho a participar en su propia defensa.
- La querella no contenía documental relevante y todo su sustento indiciario provenía de información al parecer contenida en otros procedimientos de los que esta parte no tuvo traslado ni mucho menos el propio investigado.

- La imputación lo era de hechos y delitos graves como son la rebelión y la sedición.

Quedó afectado por tanto no solamente el derecho a la defensa en cuanto a la necesidad de garantizar un mínimo tiempo de preparación de la estrategia, sino también en su faceta de **acceso al contenido de las actuaciones** (no se nos dio traslado de las Diligencias Previas 82/2017 que venían instruyéndose ni de los procedimientos a los que se refería la querella).

De conformidad con lo anterior y en aras de preservar el derecho de defensa, esta parte presentó escrito solicitando la suspensión de las declaraciones el 1 de noviembre a las 21:01 horas. Dicho escrito fue “aceptado” en el sistema LexNet del Juzgado a las 9:09 horas del día del señalamiento (jueves día 2).

Aunque el letrado firmante había solicitado diligentemente la suspensión, para confirmar que el Ilmo. Juzgado Central de Instrucción tenía conocimiento de dicho escrito, se intentó presentar copia física del mismo durante la mañana del jueves 2 de noviembre. A tal fin comparecieron dos mandatarios del letrado firmante con dicha copia física (un colaborador del despacho de abogados y un compañero Procurador) pero las tramitadoras procesales del Juzgado rechazaron su admisión pese a ser advertidas del contenido del escrito y su relevancia para los actos procesales que habían de comenzar, alegando que **sólo se podía presentar por LexNet** (como así se había hecho).

Como se dirá más adelante, la imposibilidad de solicitar oralmente el letrado firmante que no se iniciaran las diligencias de instrucción era evidente puesto que estaba en ese momento actuando ante el Tribunal Supremo en defensa de otros investigados.

La solicitud de suspensión por causa de indefensión era conocida por el Juzgado al haberse efectuado presentación el día anterior e información antes de que empezaran las declaraciones señaladas para el día 2 y aun así la Ilma. Sra. Magistrada-Juez **decidió no suspender el señalamiento** e iniciar la práctica de declaraciones de investigados y otros trámites procesales, y además sin la presencia del letrado firmante.

Debe hacerse notar, a mayor abundamiento, que la urgencia en la toma de declaración de los investigados y el análisis de su situación personal sólo tenía una razón de ser que decayó con la puntual comparecencia de mis mandantes al llamamiento judicial. Así, la querrela de la Fiscalía General del Estado preveía ya una eventual “incomparecencia” de los investigados y es en base a esa hipótesis que tenía sentido una reacción urgentísima de este Ilmo. Juzgado.

Al comparecer mis mandantes, la Ilma. Sra. Instructora **tenía obligación de suspender incluso de oficio** unas diligencias en las que constantemente se hacía referencia a la indefensión, y ello incluso haciendo abstracción de que se había efectivamente solicitado la suspensión en forma el día anterior. El Juez Instructor es garante de los derechos de las partes.

Pero, más allá de la indefensión avanzada, las irregularidades en la decisión inicial de prisión fueron aún mayores. En el mismo escrito de solicitud de suspensión de las declaraciones de investigados se informaba que el letrado firmante tenía otro señalamiento el mismo día y a la misma hora, motivo por el cual le resultaba materialmente imposible asistir a las declaraciones de la Audiencia Nacional. La coincidencia de señalamientos es motivo de suspensión porque imposibilita al letrado asistir a dos sitios distintos al

mismo tiempo. En este sentido, debía priorizarse la citación previa que en el caso concreto era la proveniente de la Causa Especial 20907/2017 de la Sala Penal del Tribunal Supremo (como así se nos instó por parte de ese Tribunal), en la que se explicita que el señalamiento resulta preferente de conformidad con el artículo 188 LEC de aplicación supletoria al proceso penal.

A pesar de la solicitud de suspensión presentada el miércoles 1 de noviembre a las 21:01, de la reiteración efectuada la mañana siguiente y la **obviedad de la incomparecencia** del letrado firmante, la Ilma. Instructora dio inicio a las declaraciones sin la presencia de este letrado, lo que supone otra clara vulneración del derecho a la defensa. Esta parte no pudo estar presente en las declaraciones de varios de los investigados a pesar de que presentan un interés indiscutible para la correcta defensa de mis mandantes.

En definitiva y de conformidad con lo expuesto, consideramos que la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional ha dificultado gravemente la posibilidad de esta parte de alegar y acreditar su propio derecho en el procedimiento y de replicar la posición contraria en igualdad de condiciones. El derecho a la defensa quedó cercenado mediante la articulación de trámites urgentes que impidieron una correcta labor asesoramiento y defensa letrada

SEXTO.- LEGALIDAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PREVISIBILIDAD DE LA LEY PENAL

A) LEGALIDAD PENAL

La prisión provisional se adopta en base a hechos que **no constituyen los tipos penales** sobre los que basar el supuesto riesgo de reiteración delictiva.

El principio de legalidad penal se encuentra reflejado tanto en el artículo 25 CE como en el artículo 7 CEDH y los presupuestos sobre los que se basan las resoluciones recurridas atentan contra tales derechos puesto que la prisión provisional se decreta con relación a conductas no incardinables en los delitos cuya gravedad informa las finalidades constitucionales supuestamente legitimadoras de la medida cautelar.

Es cierto que en fase de instrucción los datos son embrionarios y poco firmes, algo que recuerda repetidamente el Tribunal Supremo en sus resoluciones, sin embargo, como detallaremos, los elementos que configuran un delito deben constar con cierta claridad ya en esta fase inicial.

Sin entrar en otras consideraciones, tanto en la rebelión como en la sedición el elemento central es el alzamiento, ya sea violento y público o tumultuario y público. El alzamiento es una categoría fáctica que se percibe por los sentidos, cosa que se pudo percibir en los escasos pero históricos precedentes del 23-F y el anterior del 18 de julio y que actualmente parece difícil vincular con el movimiento por la independencia en Catalunya.

Las diligencias por el delito de malversación, mucho más jurídico, deben basarse no en una sospecha por nada sostenida sino también en datos fácticos acreditados. Hasta la fecha, el único documento fehaciente, por nadie impugnado, es una certificación de la Interventora General de la Generalidad de Cataluña en el sentido de que ni una sola partida del presupuesto público fue al referéndum del 1-0, referéndum que, dicho sea de paso, resulta una conducta expresamente atípica en virtud de la despenalización operada de la mano de la LO 2/2005.

Ni en la querrela del fiscal ni en los Autos del Tribunal Supremo se recoge alzamiento alguno, sólo veladas alusiones a unos supuestos actos de violencia que no se identifican y que se equiparan en sus efectos a una especie de clima de temor, lo cual, aparte de absurdo, no se basa en prueba o indicio de la más mínima solidez. Es más, en la querrela del fiscal, presentada en la Audiencia Nacional contra, entre otros, los presidentes de la ANC (ahora diputado electo, Sr. Sánchez) y el Sr. Cuixart, de la entidad Òmnium Cultural, por entre otros los delitos de sedición, no existía referencia alguna a una rebelión que ahora se pretende sustentar en los mismos hechos por los que se formuló dicha querrela.

Un tipo penal no es más que un retazo de vida, muy simple, por claro y significativo por sí mismo. Así, cuando el Código Penal habla de que será castigado como homicida quien mate a otros, nos está retratando el esquema del homicidio. En principio, la confección de los diversos tipos penales tiene que ser sintética y en términos precisos. En cualquier caso, todos los tipos tienen en común que están confeccionados como oraciones normales y corrientes. Así, tienen un sujeto, un verbo y unos complementos.

El sujeto activo de la infracción, el autor, se configura, por lo general en los delitos comunes, en el anónimo "quien". Después, el verbo, que establece la acción que se castiga, constituye el núcleo del delito: matar, engañar, sustraer, falsificar, traficar, etc. Este verbo, como en toda oración, tiene unos complementos; tiene un complemento directo (la víctima, quien recibe la acción del autor), puede tener otros complementos indirectos (los perjudicados del delito, pero que no son víctimas: los hijos del asesinado, por ejemplo). Finalmente, presenta la mayoría de las veces unos complementos circunstanciales, de tiempo, de modo, de medios utilizados, etc.

Así, en bastantes ocasiones el legislador completa el tipo penal con los términos violencia o violentamente y hace depender de la presencia o ausencia de violencia la tipicidad o bien el grado de reproche.

La violencia está presente en muchos delitos, pero la violencia por sí sola, o es un delito autónomo o no es nada. Necesita, como complemento circunstancial que es, acabar de dar contenido al tipo penal, contenido que viene ya establecido por el verbo. Como todo complemento, es tributario de quien complementa, es decir, de la acción nuclear del tipo penal.

El proceso soberanista, desde que se inició, se podrá calificar jurídica y políticamente como se quiera, pero en ningún caso ha habido ningún tipo de levantamiento público y violento o tumultuario. No ha habido ni rebelión ni sedición, cosa ya que puede establecerse en esta embrionaria fase, pues el alzamiento, como ya se ha señalado, es algo físico y no jurídico y, por tanto, perceptible *icto oculi* por cualquiera.

Carente de alzamiento, tanto el fiscal como el instructor sin, a nuestro juicio, fundamentos jurídicos dignos de tal nombre, se centran (o, paradójicamente, orillan) en la violencia al hablar de rebelión o sedición o bien se centran en la finalidad política que inspiraba la actuación de los políticos soberanistas.

Dicho esto, tiene muy poco sentido investigar en una causa por rebelión y/o sedición, su complemento, la violencia, en este caso, si no se ha acreditado el verbo, alzarse.

En cualquier caso, la exigencia de violencia fue introducida en la redacción del Código penal de 1995, como un elemento del tipo no previsto

explícitamente hasta el momento en la redacción del tipo de rebelión del anterior Código Penal. Los debates parlamentarios fueron muy claros respecto a que la agregación del requisito de violencia se debió a la voluntad de impedir que en ningún caso pudieran considerarse como delito los comportamientos encaminados a conseguir la independencia de un territorio por medios pacíficos, sin recurso a la violencia. Así se manifestó de modo explícito en los debates parlamentarios y en este contexto se aprobó la introducción del elemento “violencia”. De tal modo se recoge en los estudios doctrinales sobre este delito y puede comprobarse en el diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Ello, en realidad, no suponía una modificación radical respecto a la configuración anterior del tipo de rebelión, como se refleja en diversos preceptos del capítulo dedicado a esta figura delictiva: así, las referencias a los que “sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada” (art. 475), a que la autoridad “intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan o se retiren”, a que “no será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego” (art. 479), o la exención de pena para los que “depongan armas antes de haber hecho uso de ellas” (art. 480-2º).

Se mire como se mire, ningún grupo considerable de personas ha salido a la calle coordinadamente con objetivos físicos estratégicos (instituciones, centros de comunicaciones, etc.) para ocuparlos con violencia también física.

Se pasa así por alto, en las resoluciones recurridas, que las movilizaciones ciudadanas masivas a favor de la independencia que han tenido lugar en Cataluña desde 2010 no han registrado incidentes violentos, habiendo siempre hecho llamamientos los organizadores a manifestarse de modo pacífico y habiéndose siempre pronunciado en este sentido todos los miembros del Gobierno que han expresado su opinión respecto a estas

movilizaciones populares. No puede además ignorarse que la afirmación o insinuación del carácter “rebelde” (en términos penales) de estas movilizaciones, atribuyéndoles una naturaleza “insurreccional” (término en ningún caso previsto legalmente para describir ninguna conducta delictiva) supone despreciar algo tan importante como que son esencialmente expresión de derechos fundamentales y que son constitutivos de los pilares básicos de una sociedad democrática, como la libertad de expresión, de manifestación pacífica y sin armas y de reunión (artículos 21 y 22 de la Constitución española).

B) PREVISIBILIDAD DE LA LEY PENAL

La previsibilidad de la ley penal también forma parte de la legalidad penal y del contenido del artículo 7 CEDH y las resoluciones recurridas se fundamentan en una **interpretación novedosa e imprevisible** de la ley penal, contraria a la letra de la ley, a su espíritu y a su interpretación auténtica, sistemática y teleológica.

Todo ciudadano tiene derecho a conocer, dada la letra de la ley, qué actos u omisiones generan responsabilidad penal y qué consecuencias concretas tienen en la ley penal dichos actos.

Así, los delitos de sedición y rebelión, tal y como han sido interpretados en las resoluciones recurridas, contradicen el patrimonio jurisprudencial de nuestros tribunales penales, novando el significado de la “violencia típica” y contraponiéndolo a la opinión del propio legislador y los debates parlamentarios.

Como establece el TEDH resulta relevante para la previsibilidad de la ley penal la interpretación jurisprudencial tradicional (así en SW c. Reino Unido) así como cualquier circunstancia que racionalmente permita inferir que la interpretación efectuada de la ley penal por el Tribunal era imprevisible para el ciudadano destinatario de la norma.

La innovación efectuada en las actuaciones respecto del delito de rebelión, que se sustenta en actuaciones distintas del “alzamiento”, sin violencia típica, atenta contra el principio mencionado.

C) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La decisión de prisión se produce y mantiene tras una **exhibición y presentación pública de los investigados como culpables**, en ocasiones a través de manifestaciones oficiales.

Debe denunciarse también la lesión al derecho a la presunción de inocencia de mi mandante tanto como la reconoce el artículo 24.2 CE como el derecho al juicio justo del artículo 6 CEDH.

Y ello tiene que ver con la constante presentación pública de mi mandante como culpable en todos los medios de comunicación, información que proviene en muchas ocasiones de fuentes públicas o oficiales, de comentarios de miembros del gobierno o del Ministerio Fiscal, hecho contrario a la Directiva 2016/343 y que condiciona el análisis judicial del procedimiento y afecta a la libertad de juicio del Juzgador, tal y como se deriva, por ejemplo, de la doctrina establecida por el TEDH en el caso *Allenet de 1995*.

Procedería, pues, reconocer la lesión de los derechos fundamentales invocados con anulación de las resoluciones recurridas.

PROCEDENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO

I.- Los derechos que se entienden violados son de los protegidos mediante recurso de amparo constitucional, según dispone el artículo 53.2 CE y el artículo 41.1 LOTC, pues están recogidos en los artículos 16, 17, 23, 24 y 25 CE.

II.- Mi mandante se halla legitimado en esta causa por ser parte en el proceso judicial del que dimana (artículo 46.1.b LOTC).

III.- Las violaciones se imputan a resoluciones judiciales, por lo que esta parte acredita: Que se han agotado los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria (artículo 44.1.a LOTC); y que se ha invocado la vulneración de los derechos aludidos (artículo 44.1.c LOTC), y que por las resoluciones dictadas en primera y segunda instancias se han vulnerado los derechos a la libertad, a la libertad ideológica, al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la legalidad, a la participación y representación políticas, al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos por los artículos 16, 17, 23, 24 y 25 de la Constitución Española.

IV.- El recurso se ha presentado dentro de los 30 días siguientes al de la fecha en que se notificó a mi patrocinado el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (artículo 44.2 LOTC).

V.- Se ha dado cumplimiento al artículo 49.1 LOTC, al haber expuesto con la debida claridad los hechos de esta reclamación, así como su fundamentación jurídica, haberse concretado qué derechos se han violado y establecido claramente cuál es la pretensión formulada en este recurso.

VI.- Se acompañan los documentos que requiere el artículo 49.2 LOTC, así como tantas copias de la demanda y de los referidos documentos interesados en dicho precepto legal como partes hay en el procedimiento.

VII.- Se ha dado cumplimiento al artículo 81 LOTC al estar representado esta parte por la Procuradora compareciente que lo es en el procedimiento principal, sin perjuicio de la necesidad de ratificación de dicha designación si fuere menester por este Excmo. Tribunal y estar asistido por el Letrado del Ilre. Colegio de Abogados de Barcelona, Sr. Andreu Van den Eynde Adroer.

PRETENSIÓN

Esta parte, de conformidad con el artículo 55 LOTC, solicita que se le otorgue el amparo constitucional dictando resolución por la que:

- Se reconozca al recurrente sus derechos fundamentales a la libertad, a la libertad ideológica, al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la legalidad, a la participación y representación políticas, al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.
- Se anulen los Autos recurridos.
- Se decrete la libertad provisional de mi mandante o el establecimiento de cualquier otra cautela que no implique el encarcelamiento provisional incondicionado.

Por todo ello,

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUPLICO que habiendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la acreditada representación que ostento; y en su día, tras la práctica de los trámites legales establecidos, se sirva dictar Sentencia por la que se otorgue al recurrente el amparo solicitado, declarando la nulidad del Auto de la Sala Segunda (Sala de Apelación) del Tribunal Supremo de fecha 5 de enero de 2018 recaída en el Rollo de Apelación 1/2017 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, y la nulidad del anterior Auto del Instructor de la Sala Penal del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2017 recaída en la Causa Especial 20907/2017, reconociendo expresamente los derechos del recurrente.

OTROSÍ DIGO PRIMERO que esta parte se compromete, si fuere menester y a requerimiento de este Excmo. Tribunal, a aportar testimonio original de los documentos que se presentan anexos, así como ratificación de la designa efectuada en favor de la Procuradora firmante.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO que a tenor de lo previsto en el artículo 56 LOTC se solicita la suspensión de la medida cautelar de prisión provisional impuesta a mi representado, solicitud que se fundamentará en escrito aparte tras la admisión a trámite del recurso.

OTROSÍ DIGO TERCERO que debido a la naturaleza de la resolución recurrida y la constitución de mi mandante en prisión y a fin de que la resolución que pudiera dictarse no resultara inefectiva, rogamos se tramite el presente recurso de forma URGENTE para evitar daños irreparables.

Es por ello que,

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUPlico que tenga por manifestado lo que se contiene en los anteriores Otrosíes y acuerde de conformidad.

En Barcelona para Madrid, a 14 de febrero de 2018.

Ldo. Andreu Van den Eynde

Proc.