

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal**

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 1 de julio de 2019.

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20907/2017

Pieza de situación personal del procesado D. Oriol Junqueras Vies

Procedencia: Fiscalía General del Estado.

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

Órgano jurisdiccional remitente

Tribunal Supremo del Reino de España. Sala de lo Penal.

Dirección: Plaza de la Villa de París S/N. 28071. Madrid. España

Partes en la pieza de situación personal del procesado D. Oriol Junqueras Vies y representantes de las mismas

- 1) Ministerio Fiscal.
- 2) Abogacía del Estado.
- 3) Acusación popular, ejercida por el partido político VOX, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Pilar Hidalgo López.
- 4) D. Oriol Junqueras Vies, acusado en la presente pieza, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Celia López Ariza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sala Segunda del Tribunal Supremo se sigue procedimiento en primera instancia por razón de aforamiento, contra diversos procesados por hechos calificados como delitos de rebelión (alternativamente de sedición), malversación y desobediencia.

Afirman las acusaciones, en apretada síntesis y sin que ello implique una proclamación por nuestra parte de su efectiva prueba, que D. Oriol Junqueras, en su calidad de Vicepresidente del Gobierno Autonómico de Cataluña, participó en la ejecución de un proceso secesionista que, prescindiendo de otros antecedentes, tuvo un momento clave con la aprobación de la *Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*. Esta norma, integrada por 89 artículos y tres disposiciones finales, incluía proclamaciones unilaterales de ruptura con el sistema constitucional vigente. Se presentaba como la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán, hasta tanto fuera aprobada la Constitución de la nueva República. Proclamaba que Cataluña se constituye en una República de derecho, democrática y social, en la que la soberanía reside en el pueblo de Cataluña, y en Arán en el pueblo aranés, de los que emanan todos los poderes del Estado. A efectos de ejercicio de su plena soberanía el territorio de Cataluña se declaraba compuesto por el espacio terrestre, incluido el subsuelo, correspondiente a sus límites geográficos y administrativos preexistentes, por el mar territorial, incluido su lecho y subsuelo y por el espacio aéreo situado sobre el espacio terrestre y el mar territorial de Cataluña. Declaraba abolida la monarquía constitucional, convirtiendo al presidente o presidenta de la República en el jefe del Estado catalán, que asumía su más alta representación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se transformaba en el Tribunal Supremo de Cataluña, órgano judicial superior en todos los órdenes, en el que culminaría la organización judicial de Cataluña. Instauraba un modelo de

autogobierno del poder judicial inspirado en la actuación coordinada con el poder ejecutivo y permitía la continuidad de aquellos jueces y magistrados que venían desempeñando sus funciones en los tres años anteriores a la entrada en vigor de la ley. Sin embargo, aquellos jueces y magistrados que llevaran menos de tres años de ejercicio en Cataluña, se veían despojados de su garantía constitucional de inamovilidad, al referirse la ley a un derecho de integración que había de solicitarse por los jueces en ejercicio, con arreglo a un procedimiento a regular en el futuro.

Se atribuía al Parlamento, a propuesta del Gobierno de la Generalidad, una vez oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el nombramiento del Fiscal General de Cataluña.

Modificaba el régimen jurídico de la nacionalidad de los residentes en Cataluña, redefinía los límites territoriales que habrían de ser abarcados por el nuevo Estado y regulaba la sucesión del Estado catalán en la titularidad de todos los bienes y derechos del Estado español en Cataluña. También preveía un régimen de integración del personal de las administraciones públicas que hasta entonces prestaran sus servicios en las administraciones central y autonómica, siempre condicionado a las adaptaciones que se estimaran indispensables para la realidad del nuevo Estado. Se convertía a la Generalidad en la autoridad fiscal llamada a la fijación, recaudación y gestión de todos los tributos e ingresos de derecho público y hacía de aquel órgano de gobierno la autoridad aduanera y arancelaria del territorio de Cataluña.

Con el mismo objetivo, la *Ley 19/2017, 6 de septiembre, reguladora del llamado referéndum de autodeterminación*, fue publicada en el Diario Oficial de la Generalitat núm. 7449A, de 6 de septiembre de 2017.

En ejecución de esas y otras previsiones legislativas -todas ellas suspendidas en su aplicación por distintas resoluciones del Tribunal Constitucional- los ciudadanos catalanes fueron convocados a un referéndum que se celebró el día 1 de octubre de 2017. La pregunta incluida en las papeletas del referéndum fue la siguiente: “¿quiere que Cataluña sea un estado

independiente en forma de república?”. El resultado del referéndum, conforme se establecía en su ley reguladora, tendría carácter vinculante y si en el recuento de los votos válidamente emitidos se computaban más votos afirmativos que negativos, el resultado implicaría *ope legis* la independencia de Cataluña, a la que debería seguir una declaración formal del Parlament, concretando sus efectos e iniciando el proceso constituyente.

Según los datos hechos públicos por el gobierno de la Generalitat, el referéndum arrojó el siguiente resultado: de un total de 5.500.000 personas con derecho a voto, la cifra total de votantes ascendió a 2.286.217 personas. Se contabilizaron 2.044.058 votos favorables al SÍ, cifra ésta que representaba el 37 % del censo electoral y poco más de una cuarta parte (el 27 %) de la población total de Cataluña en esas fechas.

La celebración del referéndum estuvo presidida por una amplia movilización ciudadana. Se produjeron incidentes de los que derivaron lesiones padecidas por ciudadanos y agentes de la autoridad que trataban de cumplir la expresa prohibición judicial de celebración de ese referéndum.

Con anterioridad a esas fechas, el día 20 de septiembre del mismo año se sucedieron movilizaciones de miles de personas que querían obstaculizar la práctica de registros y detenciones que habían sido acordadas por la autoridad judicial.

Las acusaciones imputan también al Sr. Junqueras un delito de malversación, al haber sido destinados caudales públicos a la celebración de esa ilegal convocatoria.

SEGUNDO.- La situación de prisión provisional de D. Oriol Junqueras Vies fue acordada en fase de instrucción, por auto de fecha 2 de noviembre de 2017, en la que actualmente continúa. Tal situación ha sido objeto de reexamen en resoluciones de 8 de noviembre de 2017, 5 de enero de 2018, 26 de julio de 2018, 28 de septiembre de 2018, 25 de enero de 2019, 11 de abril de 2019 y 14 de mayo de 2019.

TERCERO.- Ya en situación de preso preventivo, D. Oriol Junqueras Vies fue elegido en las elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el 21 de diciembre de 2017. Tras su posesión, el Juez de Instrucción acordó declarar su inhabilitación legal para cumplir el deber de asistir a los debates y las votaciones del Pleno del Parlamento de Cataluña, encomendando a la Mesa del Parlamento arbitrar -en la forma que entendiera procedente y si no hubiera razón administrativa que se opusiera a ello-, el procedimiento para la delegación de sus votos en otro diputado, mientras subsista su situación de prisión provisional.

3.1.- Durante la celebración del juicio oral, D. Oriol Junqueras Vies se presentó como candidato a las elecciones generales al Congreso de los Diputados, que se convocaron mediante Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, celebradas el 28 de abril de 2019. Resultó electo como Diputado del Congreso de los Diputados.

3.2.- Por auto de 14 de mayo de 2019, este Tribunal estimó que no había lugar a solicitar autorización mediante suplicatorio al Congreso de los Diputados, pues se estaba ya en fase de juicio oral. A la vez acordamos la salida del centro penitenciario de D. Oriol Junqueras Vies, para asistir a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados y para cumplimentar personalmente los trámites de presentación de la credencial y de declaración de actividades, así como otros trámites que, en su caso, pudieran ser indispensables en relación con la posesión del escaño.

3.3.- Adquirida la condición de Diputado, tras el cumplimiento de los trámites legales oportunos, fue suspendido en el ejercicio del cargo por acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de fecha 24 de mayo de 2019, en aplicación de lo dispuesto en el art. 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto establece:

«Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el

procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

3.4- A su vez, también durante la celebración del juicio oral, D. Oriol Junqueras Vies se presentó como candidato a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo, que se convocaron por Real Decreto 206/2019, de 1 de abril.

Celebradas el 26 de mayo de 2019, resultó electo, siendo así proclamado por Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019.

La Junta electoral Central en su reunión de 20 de junio de 2019, en el marco del expediente núm. 561/73, adoptó el acuerdo núm. 518/2019. En él se notificaba al Parlamento Europeo que D. Oriol Junqueras no había adquirido la condición de Diputado al Parlamento Europeo, por no haber prestado acatamiento y, por tanto, tampoco habría adquirido las prerrogativas que le pudieran corresponder, todo ello hasta que preste ese juramento o promesa.

Esta resolución es susceptible de ser recurrida en vía contencioso-electoral. Se trata de un proceso jurisdiccional en el que pueden revisarse las decisiones de la Junta Electoral Central y acomodar su contenido a las exigencias impuestas por la ley en relación con la proclamación de electos. El TEDH, ha declarado que ese proceso electoral cumplimenta el derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 13 CEDH (cfr. *Etxebarria y otros c. España*, 30 de junio de 2009, §§ 78 a 82 y *Herritarren Zerenda c. España*, 30 de junio de 2009, § 52).

CUARTO.- Este Tribunal, por auto de 14 de junio de 2019 denegó la concesión de un permiso extraordinario de salida para asistir a la Junta Electoral Central al acto de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución, previsto en los artículos 108.8 y 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. La denegación fue recurrida por su representación procesal.

Es para la adecuada resolución de este recurso de súplica para lo que se interesa el auxilio interpretativo del Tribunal de Justicia, tal y como ha sido solicitado por el recurrente.

La representación legal del D. Oriol Junqueras, invoca las prerrogativas y privilegios establecidos en el artículo 9 del Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea. En ese precepto apoya la formulación del recurso de súplica contra el auto de 14 de mayo de 2019, sobre denegación de permiso extraordinario de salida para prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución española y así consolidar su situación de eurodiputado electo.

QUINTO.- Fue concedido por la Sala traslado a las acusaciones públicas (Ministerio Fiscal), particular (el Abogado del Estado, posibilitada por la titularidad de los fondos públicos que se afirman malversados) y popular (partido político Vox, autorizada por el artículo 125 de la Constitución Española). También se dio traslado a la defensa del Sr. Junqueras para que informara sobre la conveniencia de formular cuestión prejudicial para obtener la interpretación del contenido y alcance de esa norma de la Unión.

Al evacuar el referido traslado, la representación procesal del Sr. Junqueras insistió en los argumentos que ya había hecho valer con ocasión del recurso de súplica mediante el que interesaba la concesión de un permiso penitenciario de salida.

El Ministerio Fiscal, en escrito de 27 de junio de 2019, consideró que ni la interpretación de la norma comunitaria en cuestión, ni las sentencias y dictámenes jurídicos que señalaba en su escrito de alegaciones, suscitan dudas que aconsejen promover la cuestión prejudicial, en aplicación de la doctrina del acto claro. Entiende que cualesquiera que sean los elementos hermenéuticos aplicables al caso, la solución es la misma: el procesado Sr. Junqueras no está protegido por la inmunidad parlamentaria frente a las actuaciones judiciales que se siguen en su contra. Y cita a favor de su conclusión, además de diversa

legislación y jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el informe SJ-0214/19 del juriconsulto del Parlamento Europeo, Sr. Drexler, de 15 de abril de 2019.

El Abogado del Estado y la acusación popular también se opusieron al planteamiento de la cuestión prejudicial al entender que la denegación del permiso extraordinario de salida era acorde con la normativa y que no precisaba de interpretación mediante prejudicialidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Precisión del incidente donde se suscita la cuestión.

La cuestión a dirimir en el incidente en el que se suscita la cuestión prejudicial es la concesión o denegación de un permiso penitenciario extraordinario a un acusado por delitos graves y en situación de prisión provisional por riesgo de fuga. El interno ha resultado electo en el Parlamento Europeo, en convocatoria electoral de fecha posterior en varios meses a su situación de prisión provisional. El permiso extraordinario tendría como finalidad prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución Española, requisito normativo establecido para que el organismo central electoral -Junta Electoral Central- incluya al electo en la lista que remite al Parlamento Europeo y se posibilite la toma de posesión del escaño correspondiente.

El objeto principal del proceso penal, seguido desde finales de 2017 es el enjuiciamiento de hechos calificados como delitos de rebelión (alternativamente de sedición), malversación y desobediencia. Ya han finalizado todas las sesiones del juicio oral, se ha celebrado la totalidad de la prueba, se han escuchado los informes de las partes y se ha ejercido por todos los acusados el derecho a la última palabra. Se ha invertido en el desarrollo del juicio cuatro meses y se han celebrado cincuenta y dos sesiones. La causa se halla, por tanto, sólo pendiente de sentencia que, por razón de su complejidad, exigirá para su redacción varios meses.

El objeto de la cuestión prejudicial se suscita en la pieza de situación de privación de libertad. Su tratamiento procesal es autónomo, aunque siempre en relación de dependencia con la causa principal.

La resolución a adoptar, con el auxilio de la cuestión que se promueve, afecta a un incidente autónomo en dicha pieza de situación personal. Está relacionada con la concesión de un concreto permiso penitenciario de salida de naturaleza extraordinaria. De ahí que no condicione el contenido de nuestro pronunciamiento a la hora de dar respuesta a la pretensión acusatoria que se ejerce. Ésta sigue su curso al margen de la eventual eficacia refleja o indirecta que los actos consecuentes a la autorización o denegación del permiso pudieran originar. Tampoco incide en las condiciones de adopción de la situación de prisión preventiva que afecta al Sr. Junqueras, materia en la que este órgano jurisdiccional no tiene ninguna duda acerca de su procedencia. Nada se afirma, pues, sobre la culpabilidad del preso como presupuesto para su adopción.

Además, no existe norma específica de la Unión, ya que ni siquiera la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, regula las condiciones en las que pueden adoptarse las resoluciones de prisión preventiva (cfr. sentencia de 19 de septiembre de 2018, *Milev*, C-310/18 PPU, EU:C:2018:732).

SEGUNDO.- Contexto procesal.

2.1.- Para conformar de modo más completo la información suministrada, resulta conveniente adicionar algunas consideraciones sobre el contexto del proceso en cuyo marco se promueve la presente cuestión prejudicial, que indirectamente incide sobre un potencial juicio de ponderación acerca de la compatibilidad entre los fines de la administración de la justicia y la tutela de la funcionalidad del Parlamento.

Los delitos objeto de acusación, ahora ya definitivamente formulada, son de naturaleza especialmente grave. Se incriminan acciones que pretenden, ya

directa y principalmente, ya de forma más indirecta, por su relación con la conculcación del orden público, alterar o suprimir el orden constitucional. Se trata, conforme a nuestro sistema penal, de los delitos de rebelión y sedición. Las acusaciones añaden el delito de malversación de caudales públicos, que habría estado originada por la administración desleal de los fondos destinados a la celebración de esa ilegal convocatoria.

En ese contexto, igualmente conviene indicar que en el examen de los fines constitucionalmente legítimos para justificar la medida cautelar de la prisión provisional, la Sala ha ponderado el riesgo de fuga, con el consiguiente peligro de sustraerse a todo llamamiento judicial. En este juicio ponderativo también ha estado presente, tanto la gravedad de las penas, como la concreción del riesgo que deriva del hecho de que varios coprocesados se han sustraído a la disposición del Tribunal, gozando de apoyo y sustento político por las propias estructuras de poder del gobierno autonómico. A ello habría que añadir la reiterada desconfianza hecha pública, una y otra vez, por el acusado acerca de la capacidad de este Tribunal para garantizar un proceso justo. Con esa afirmación se hace bien visible la ausencia de toda voluntad por el Sr. Junqueras de permanecer a disposición de esta Sala.

2.2.- Respecto a este acusado, el dictamen 6/2019, suscrito por el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas (WGAD), ha concluido que la detención del Sr. Junqueras es arbitraria. Este dictamen parte de la base (apartado 110) de que la celebración del referéndum está permitido en España *«...para una amplia gama de temas, incluso el relacionado al presente caso»*, añadiendo que su celebración es expresión legítima *«...del ejercicio de libertad de opinión y de expresión»*.

Este razonamiento, sin embargo, prescinde del dato incontrovertible de que el referéndum celebrado el 1 de octubre de 2017 había sido expresamente prohibido, tanto por el Tribunal Constitucional, como por resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. No era, por tanto, un referéndum legal. Había sido objeto de expresa prohibición judicial y nunca podía ser contemplado como la genuina expresión de las libertades de opinión y expresión.

En relación con ese referéndum, la reciente Decisión del TEDH, de 7 de mayo de 2019 (demanda nº 75147/27), asunto *María Carme Forcadell y otros c. España*, donde se incluyen entre los demandantes el propio Sr. Junqueras Vies, ha negado que la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional de la celebración de un pleno parlamentario autonómico para evaluar los resultados de ese referéndum, contradijese los artículos 10 y 11 del Convenio, ni el 3 del Protocolo nº 1. La Decisión del TEDH incluye, entre otras citas, el Dictamen CDL-AD (2017) 003, de la Comisión de Venecia. En él puede leerse lo siguiente: *“la Comisión de Venecia recuerda que las sentencias de los Tribunales Constitucionales son definitivas y de obligado cumplimiento. Como corolario de la supremacía de la Constitución, las resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional deben ser respetadas por parte de todos los órganos públicos y por los particulares. Ignorar una resolución judicial del Tribunal Constitucional equivale a ignorar la Constitución y el poder constituyente que han atribuido la competencia de garantizar dicha supremacía al Tribunal Constitucional. Cuando cualquier autoridad pública rehúsa cumplir una sentencia del Tribunal Constitucional, él o ella viola los principios del Estado de derecho, la separación de poderes y la leal cooperación entre organismos estatales. Por tanto, las medidas para hacer cumplir dichas resoluciones judiciales son legítimas. Ante la ausencia de estándares europeos en esta materia, este dictamen evalúa hasta qué punto la reforma introducida en la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional español es un medio apropiado para alcanzar este objetivo legítimo”*.

2.3.- Por otra parte, el hecho de que en el procedimiento de detención y entrega de la Unión, estos delitos no estén dispensados del requisito de la doble incriminación, condiciona la valoración del riesgo de fuga. Si bien todos los códigos penales contienen formas delictivas que incriminan las acciones que pretenden alterar o suprimir el orden constitucional, o una parte importante del ordenamiento, los preceptos legales que castigan estas conductas difieren sensiblemente entre sí. Su configuración típica no es ajena a las razones históricas de cada Estado y su influencia en la codificación penal. Las guerras externas y las asonadas internas han ido marcando, a lo largo de los años, un

devenir histórico que ha determinado en cada Estado una atención específica de alguna de las figuras de traición, de deslealtad, de complot y, en términos jurídicos, de rebelión o sedición y correlativo olvido de las otras. Nada de esto facilita el análisis de los tipos penales. La diversa idiosincrasia y el hecho de que los inculpados ejerzan responsabilidades políticas, añaden nuevas dificultades. El efecto inmediato es el impacto erosivo en los pilares sobre los que se asienta el principio de la mutua confianza. Sólo así puede entenderse el desenlace de las euroórdenes de detención y entrega que fueron cursadas durante la fase de investigación. Su rechazo se ha basado en argumentaciones de difícil comprensión.

2.3.1.- En uno de los casos fue invocada para su denegación la doctrina Bob-Dogi (Sentencia de 1 de junio de 2016, C-245/15, C:2016:385). Sin embargo, las autoridades judiciales del Estado requerido no reprochaban la inexistencia de una resolución previa que acordara la prisión, sino la denegación de esa naturaleza a uno de los contenidos del auto de procesamiento, alterando la definición normativa que entiende por orden de detención nacional algo diverso a “*resolución judicial ejecutiva*” que la acuerde.

2.3.2.- La segunda euroorden fue rechazada con el argumento de la ausencia de doble incriminación. Para concluir este rechazo, las autoridades judiciales del Estado requerido suscribieron una resolución cuyos razonamientos entraban a cotejar exhaustivamente los elementos constitutivos de la infracción penal y su influencia en el juicio de tipicidad. Se incluyeron también valoraciones de prueba sobre unos hechos que estaban siendo investigados en el marco de un procedimiento caracterizado por su complejidad y extensión. De su extraordinaria e inusual magnitud habla el dato de que incluya documentos cuya suma puede medirse por metros cúbicos. De un procedimiento que, en su versión digital, ocupa un repositorio que supera un terabyte. Nada de ello fue obstáculo para que las autoridades requeridas llegaran a pronunciarse sobre la intencionalidad del autor y su posición de dominio en la ejecución del hecho.

Ello supuso un lamentable olvido de la naturaleza de la euroorden como instrumento de cooperación judicial en el ámbito de la Unión. Implicó también el olvido del inciso final del art. 4.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, así como de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 11 de enero de 2017, *Grundza*, C-289/15, EU:C:2017:4 y en el auto (vía art. 99 del Reglamento de Procedimiento) de 25 de septiembre de 2015, A, C-463-15, EU:C:2015:634.

2.3.3.- En el presente caso, han sido varios los elementos tenidos en cuenta por este Tribunal a la hora de resolver la convergencia entre la privación de libertad que afecta al Sr. Junqueras y su derecho a la participación política.

De entrada, ningún obstáculo se ha suscitado cuando de lo que se trataba era de resolver ese dilema respecto de la condición del Sr. Junqueras como diputado nacional. El acusado ha consolidado la titularidad de miembro electo del órgano legislativo español gracias a la autorización del Tribunal para acudir, mediante un permiso penitenciario de salida, a la sede del Congreso de los Diputados. Cuestión distinta es la solución de esa difícil convergencia cuando la concesión de un permiso extraordinario podría implicar la asistencia del Sr. Junqueras a la sesión constitutiva del Parlamento Europeo.

En este caso, hemos entendido que el plenario ha concluido después de cuatro meses de intensa práctica de la prueba. Se han desarrollado los alegatos de las acusaciones y las defensas en apoyo de sus respectivas tesis. El juicio ha quedado ya "*visto para sentencia*". De hecho, la deliberación se encuentra en su fase inicial. Este momento del proceso sitúa a este Tribunal en una posición privilegiada, hasta ahora inédita, para valorar la intensificación del *fumus boni iuris* que ha venido sosteniendo las medidas cautelares acordadas por el Excmo. Sr. Magistrado instructor y ratificadas por la Sala de Recursos. El proceso penal, por tanto, está ya en el último tramo, en el momento de la deliberación acerca de los elementos fácticos y jurídicos que van a definir su desenlace.

El desplazamiento del Sr. Junqueras más allá de la frontera exterior española, pondría en un irreversible peligro los fines del proceso. Implicaría, de entrada, la pérdida del control jurisdiccional sobre la medida cautelar que le afecta y ello desde el instante mismo en que el acusado abandonara el territorio español.

Esta decisión de la Sala no es sino el resultado de un ejercicio de ponderación en la búsqueda de una solución que resuelva de forma armónica la convergencia de los derechos y las limitaciones impuestas por la situación procesal que afecta al Sr. Junqueras. Desde esta perspectiva, la fórmula que ahora se adopta no implica una pérdida irreversible del derecho de participación del solicitante. Sólo supone su temporal aplazamiento, hasta que, en función del eventual desenlace del proceso, desaparezcan los obstáculos que impiden el efecto adquisitivo de la condición parlamentaria. La Sala constata que ni la LO 5/1985, del Régimen Electoral General, ni el Reglamento del Parlamento Europeo, asocian a la imposibilidad de recogida del acta y de asistencia a la sesión constitutiva, un efecto extintivo de la titularidad del derecho. En efecto, el art. 224 de la citada LO 5/1985, en su apartado 2, establece que *«en el plazo de cinco días desde su proclamación, los candidatos electos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución ante la Junta Electoral Central. Transcurrido dicho plazo, la Junta Electoral Central declarará vacantes los escaños correspondientes a los Diputados del Parlamento que no hubieran acatado la Constitución y suspendidas todas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo, todo ello hasta que se produzca dicho acatamiento»*. La Junta Electoral, por tanto, no puede asociar la imposibilidad de acatar la Constitución a un efecto irreversible de pérdida del derecho inherente a la elección. Se ha de limitar a una declaración en la que el escaño quede vacante hasta que se colmen los requisitos que desencadenan la adquisición del derecho y la inmunidad de la que gozan los parlamentarios europeos.

La claridad de esta idea se refuerza con la lectura del art. 3.1 del Reglamento interno del Parlamento Europeo. En él se dispone que *«tras las elecciones generales al Parlamento Europeo, el presidente invitará a las*

autoridades competentes de los Estados miembros a que notifiquen inmediatamente al Parlamento los nombres de los diputados electos, de forma que puedan tomar posesión de sus escaños desde la apertura de la primera sesión que se celebre después de las elecciones». Como puede apreciarse, la toma de posesión de los escaños no necesita imperativamente producirse en la primera sesión, sino desde la primera sesión. Se abre, por tanto, un paréntesis interruptivo que no menoscaba la adquisición de la titularidad del derecho sino que aplaza su verdadero y efectivo reconocimiento.

La interpretación que asume este Tribunal es el resultado de nuestra voluntad de no sacrificar ninguno de los intereses y derechos que convergen en la cuestión planteada. De tal forma, que la limitación temporal del derecho de participación del Sr. Junqueras, condicionada, claro es, al pronto desenlace de la causa especial núm. 20907/2017, sea entendida como una limitación necesaria para preservar otro fin constitucionalmente legítimo y propio de una sociedad democrática. El aseguramiento de los fines del proceso penal, cuya realidad quedaría irreversiblemente menoscabada si la Sala autorizara la salida del Sr. Junqueras fuera de nuestras fronteras, ha determinado la denegación de la solicitud interesada. A esta negativa ha contribuido también la incompreensión de las euroórdenes cursadas como instrumento de cooperación judicial en la lucha contra delitos de especial gravedad y el amplio sustento de organizaciones sociales y del propio Gobierno autonómico al que el Sr. Junqueras pertenecía.

Dicho de otro modo, no hemos encontrado alternativa viable a la prisión provisional como medio para asegurar los fines del proceso. El riesgo de fuga - fundamento legítimo para la restricción de la libertad, en virtud de la Ley Orgánica que reformó el artículo 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal-, nos ha llevado a concluir la incompatibilidad de la situación que afecta al acusado con la concesión de un permiso penitenciario que excepcione la limitación a la libertad deambulatoria acordada. Entendemos, además, que ese sacrificio se entiende proporcionado, pues la restricción que opera al ejercicio del derecho de participación en cargo público es transitoria. Se trata, al fin y al cabo, de una restricción de la libertad deambulatoria que es inherente a la situación de prisión

y, de hecho, le impide el ejercicio de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, acudir a cualquier manifestación o reunión.

El artículo 503 LECrim establece:

«1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad».

TERCERO.- Normativa europea y nacional

3.1.- El Artículo 9 (antiguo artículo 10) del Protocolo (nº 7) sobre los Privilegios y las Inmunidades de la Unión Europea, establece:

«Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán:

a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país;

b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste».

3.2.- En cuanto a las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento español, todas ellas vienen referidas exclusivamente a fases procesales anteriores a la apertura juicio oral. Superada la fase intermedia del proceso y una vez abierta la fase de enjuiciamiento, ninguna inmunidad le correspondería como Diputado nacional.

Así lo dispone el artículo 71 de la Constitución Española:

«1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras».

También la normativa de inferior rango:

i) Artículos 750 a 756 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título I, Libro IV).

«Artículo 750 LECrim

El Juez o Tribunal que encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes por causa de delito, se abstendrá de dirigir el procedimiento contra él si las Cortes estuvieren abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegislador a que pertenezca.

Artículo 751 LECrim

Quando el Senador o Diputado a Cortes fuere delincuente in fraganti, podrá ser detenido y procesado sin la autorización a que se refiere el artículo anterior; pero en las veinticuatro horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse lo hecho en conocimiento del Cuerpo Colegislador a que corresponda.

Se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido Senador o Diputado a Cortes.

Artículo 752 LECrim

Si un Senador o Diputado a Cortes fuese procesado durante un interregno parlamentario, deberá el Juez o Tribunal que conozca de la causa ponerlo inmediatamente en conocimiento del respectivo Cuerpo Colegislador.

Lo mismo se observará cuando haya sido procesado un Senador o Diputado a Cortes electo antes de reunirse éstas.

Artículo 753 LECrim

En todo caso, se suspenderán por el Secretario judicial los procedimientos desde el día en que se dé conocimiento a las Cortes, estén o no abiertas, permaneciendo las cosas en el estado en que entonces se hallen, hasta que el Cuerpo Colegislador respectivo resuelva lo que tenga por conveniente.

Artículo 754 LECrim

Si el Senado o el congreso negasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados.

Artículo 755 LECrim

La autorización se pedirá en forma de suplicatorio, remitiendo con éste, y con el carácter de reservado, el testimonio de los cargos que resulten contra el Senador o Diputado, con inclusión de los dictámenes del Fiscal y de las peticiones particulares en que se haya solicitado la autorización.

Artículo 756 LECrim

El suplicatorio se remitirá por conducto del Ministro de Gracia y Justicia».

ii) Artículos 5 a 9 de la Ley de 9 de febrero de 1912, declarando los Tribunales que han de entender en el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados.

«Art. 5.

Sólo al Tribunal Supremo, o en su caso al Consejo Supremo de Guerra y Marina, corresponde la facultad de pedir autorización al Senado o al Consejo para procesar a un Senador o Diputado.

Al efecto, dirigirá suplicatorio al Cuerpo Colegislador correspondiente, acompañando testimonio de las actuaciones que estime necesarias y del dictamen Fiscal, si lo hubiere.

El Tribunal Supremo o el Consejo Supremo de Guerra y Marina, en los respectivos casos, resolverán lo que proceda, según las leyes, acerca de la prisión de los Senadores y Diputados sorprendidos en flagrante delito y contra los cuales se hayan incoado diligencias.

Art. 6.

Mientras que el Senado o el Congreso no resuelvan sobre la autorización pedida, se suspenderán las diligencias de las causas, excepto las encaminadas a la reforma de los autos y providencias en que con anterioridad se hubiese acordado la detención, prisión o procesamiento.

La suspensión de las diligencias sólo se aplicará a aquellas que afecten al Senador o Diputado a quien se refiera la autorización solicitada.

Art. 7.

Si el Senado o el Congreso denegase la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre, respecto al Senador o Diputado. Si la autorización fuese concedida, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que perteneciere el Senador o Diputado objeto del suplicatorio.

Art. 8.

Negada por el Senado o el Congreso la admisión como Senador o Diputado de la persona a quien se refiera un suplicatorio, el Presidente de la Cámara lo comunicará al Tribunal Supremo o al Consejo Supremo de Guerra y Marina, para que éste remita la causa al Juez o Tribunal competente, con arreglo a derecho, y prosiga la sustanciación que proceda.

Art. 9.

Las providencias o autos de detención, arresto, prisión o procesamiento, dictadas contra un Senador o Diputado por el Tribunal Supremo o el Consejo Supremo de Guerra y Marina, en uso de la jurisdicción que les atribuye la presente Ley y con sujeción a las reglas que la misma establece, así como las de reforma o revocación de dichas providencias o autos, serán comunicadas al Cuerpo Colegislador a que corresponda la persona objeto de las mismas».

iii) Artículo 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

«Durante el período de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso».

iv) Artículo 22.1, párrafo segundo, del Reglamento del Senado.

«Los Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente suplicatorio. Esta autorización será también necesaria en los procedimientos que estuvieren instruyéndose contra personas que, hallándose procesadas o inculpadas, accedan al cargo de Senador».

Así lo hemos resuelto en el Auto de 14 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:5051A, en continuidad de una pacífica línea jurisprudencial que afirma la inexistencia de inmunidad y consecuente innecesariedad de instar su levantamiento en los diversos momentos en que la fase de procesamiento se ha superado, como sucede cuando el proceso se halla pendiente de recurso de casación (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1952/2000, de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2000:9367, rec. 2103/2000) o en fase de ejecución (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 54/2008, de 8 de abril, ECLI:ES:TS:2008:687, rec. 408/2007)].

3.3.- El propio Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 6 de septiembre de 2011, *Patriciello*, C-163/10, EU:C:2011:543, párrafo 25, ha resuelto que la inmunidad parlamentaria establecida en el artículo 9, párrafo primero, letra a), del Protocolo, depende del Derecho nacional.

CUARTO.- Justificación del planteamiento de la cuestión.

4.1.- Para resolver la concesión o denegación del permiso penitenciario al procesado -eurodiputado electo- en situación de prisión preventiva, resulta inexcusable conocer el alcance de la eficacia de las prerrogativas contenidas en el artículo 9 del Protocolo nº 7. Más concretamente la prevista en su párrafo segundo: «*gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste*». Se trata de resolver cuándo se consolida el estatus parlamentario, decisión que condiciona el contenido dispositivo de la resolución que, sobre el permiso penitenciario extraordinario, hemos de adoptar.

Sobre esta norma, a pesar de haber sido objeto de análisis en diversas resoluciones de ese Tribunal de Justicia, está todavía pendiente de clarificar su dimensión temporal, así como su contenido subjetivo y objetivo.

4.2.- Ese Tribunal de Justicia ya ha manifestado expresamente su competencia para pronunciarse en un procedimiento prejudicial sobre el alcance de este artículo 9 del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades, entonces de cada una de las tres Comunidades existentes. Así lo declaró en su sentencia de 12 de mayo de 1964, en el asunto 101/63, *Wagner* (EU:C:1964:28). También proclamó que el eventual suplicatorio para la suspensión de la inmunidad parlamentaria que se dirigiera al Parlamento Europeo no privaba a ese Tribunal de Justicia de la competencia para dirimir la cuestión planteada.

Esa competencia fue reiterada en su sentencia de 10 de julio de 1986, en el asunto 149/85, *Wybot* (EU:C:1986:310). Se razonó entonces que la expresión contenida en ese artículo 9 (antiguo 10), referida al ámbito temporal de la inmunidad: “*mientras la Asamblea esté en período de sesiones*”, se refiere

expresamente al período de sesiones del Parlamento Europeo. Recalcó también que «...de ello se deduce que remitirse a una legislación nacional para interpretar dicho concepto sería incompatible no solamente con el texto del Protocolo, sino también con el objeto mismo de esta disposición, cuyo fin no es otro que garantizar la inmunidad, durante un mismo período, a todos los diputados europeos, independientemente de su nacionalidad». Concluyó que la duración de los períodos de sesiones del Parlamento Europeo sólo puede apreciarse a la luz del Derecho comunitario.

Esta resolución también aclaró que la previsión de la norma acerca de que los diputados europeos gozan de inmunidad «igualmente cuando se dirijan al lugar de reunión de la Asamblea o regresen de éste», no puede invocarse para rebatir una interpretación del concepto de «período de sesiones». A la vista de la práctica seguida por el Parlamento Europeo, ese concepto garantiza plenamente, si bien con el concurso de una disposición distinta, la realización de los objetivos contemplados en dicho apartado. Y ejemplificaba: «dicho apartado conserva toda su utilidad, en aquellos supuestos, entre otros, en los que el Parlamento Europeo haya clausurado anticipadamente un período anual de sesiones».

De modo que, tras estas resoluciones, toda referencia o remisión a una legislación nacional para interpretar la noción de “período de sesiones”, sería inconciliable con el texto y objeto del Protocolo.

Pero ello no resuelve las situaciones anteriores al inicio de sesiones, ni tampoco su extensión (en todo caso no prevista) a los eurodiputados electos.

4.3.- La doctrina se encuentra dividida. Cuando se invoca la aplicación extensiva de las inmunidades parlamentarias a los eurodiputados electos, es frecuente, sin embargo, limitarse a citar el informe *Donnez* -más propiamente, Dictamen- hecho en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos Cívicos, sobre el proyecto de protocolo relativo a la revisión del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, en lo que respecta a los diputados al Parlamento Europeo (doc. C 2-31/85

— COM(84) 666 final) (doc. A 2-121/86), de 31 de enero de 1986. En ese informe, si bien se lee, sólo se indica que de la noción de duración del período de sesiones, cabe interpretar que la inmunidad surte efecto desde la proclamación de la elección y cesa al final del mandato del diputado.

Pero tal consideración no la derivó del contenido de la propuesta normativa. Antes al contrario, la interpretación literal de la existente autoriza un criterio temporal restringido. Dispone el artículo 3 del Reglamento del Parlamento que la toma de posesión de los escaños se produce “*desde la apertura de la primera sesión que se celebre después de las elecciones*”. Y el artículo 4 precisa que el mandato comienza, según lo dispuesto en el art. 5 del Acta Relativa a la Elección de los Diputados al Parlamento Europeo por Sufragio Universal Directo y el período quinquenal para el que son elegidos los diputados al Parlamento Europeo se inicia con la apertura del primer período de sesiones después de cada elección (artículo 146.2). Y esta norma expresa que el Parlamento se reunirá sin necesidad de convocatoria el primer martes siguiente a la expiración del plazo de un mes contado a partir del final del período previsto en el artículo 10, apartado 1, del Acta de 20 de septiembre de 1976 (domingo en el que finalice el período de elecciones fijado para el Parlamento Europeo).

Además del criterio literal, también el elemento interpretativo teleológico, permite esa conclusión. Las normas del Protocolo tienden a asegurar la protección del Parlamento Europeo, en tanto que institución de la Unión, donde la protección a sus miembros individualmente considerados es funcional y la actividad del Parlamento no comienza hasta el momento de su reunión constitutiva.

Tales criterios también son reiterados en el informe elaborado el 20 de junio de 2003 por el ponente de la Comisión Jurídica y del Mercado Interior del Parlamento europeo (Sr. Zimeray), sobre la demanda de amparo de la inmunidad parlamentaria y de los privilegios de *Francesco Musotto* (A5-0248/2003). El autor de este informe, es cierto, sugirió la existencia de un déficit en la protección de los parlamentarios, hasta el punto de proponer una modificación del Acta Relativa a la Elección de los Diputados al Parlamento

Europeo. Sin embargo, no existía la carencia normativa que justificaba, a su juicio, la reforma. Desde la perspectiva de la protección del artículo 9 -si bien allí se contemplaba un supuesto del artículo 8 del Protocolo, sobre opiniones expresadas- ninguna reforma se precisaba. Y es que los hechos atribuidos al Sr. Musotto se habían ejecutado, no ya cuando el eurodiputado había resultado electo, sino cuando su mandato había sido ya verificado por el Parlamento europeo, el 13 de diciembre de 1999 (cfr. la Decisión del Parlamento Europeo sobre la verificación de credenciales tras las quintas elecciones directas del Parlamento Europeo, Acta de la sesión plenaria de 13 de diciembre de 1999). Y ya entonces se entendía pacíficamente que el Protocolo privilegia a los eurodiputados que han tomado posesión de su escaño, reconociéndoles inmunidad, incluso, respecto de procesos que pudieran estar pendientes.

En todo caso, la situación descrita en esa demanda de protección de la inmunidad hecha valer por el Sr. Musotto, era bien distinta del supuesto que ahora justifica el planteamiento de la presente cuestión prejudicial. Se trataba de un delito de opinión -infracción que enlaza con el núcleo de la inviolabilidad parlamentaria- atribuido por las autoridades judiciales italianas a un eurodiputado que ya había sido considerado como tal por el Parlamento Europeo. En el supuesto que nos ocupa, hablamos de inculpación por un delito de especial gravedad y de un eurodiputado que no ha sido incluido por la Junta Electoral Central entre los electos que han podido cumplir el trámite de acatamiento de la Constitución española.

4.4.- También aboga por esa restricción la diversa distribución asignada en el proceso electoral a los órganos electorales nacionales y al Parlamento Europeo, que se presenta con una clara continuidad, pero con una escisión funcional entre las diversas instituciones que actúan en el proceso electoral.

En la normativa electoral nacional, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone que a la Junta Electoral Central le corresponde el recuento de los votos a nivel nacional, la atribución de escaños correspondientes a cada una de las candidaturas y la proclamación de electos. Del mismo modo, establece que declarará vacantes los escaños

correspondientes a los Diputados del Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución, quedando suspendidas todas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo, todo ello hasta que se produzca dicho acatamiento.

Declara el artículo 224 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General:

«1. La Junta Electoral Central procederá, no más tarde del vigésimo día posterior a las elecciones, al recuento de los votos a nivel nacional, a la atribución de escaños correspondientes a cada una de las candidaturas y a la proclamación de electos.

2. En el plazo de cinco días desde su proclamación, los candidatos electos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución ante la Junta Electoral Central. Transcurrido dicho plazo, la Junta Electoral Central declarará vacantes los escaños correspondientes a los Diputados del Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución y suspendidas todas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo, todo ello hasta que se produzca dicho acatamiento.

3. Asimismo la Junta Electoral Central será la competente para la realización de las restantes operaciones de escrutinio general no previstas en el artículo anterior».

La jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia permite avalar la interpretación estricta y temporal de los artículos 8 y 9 del Protocolo, a partir de la interpretación del artículo 6 del Acta, al establecer que el voto de los diputados será individual y personal y que los eurodiputados se beneficiarán de los privilegios e inmunidades del ahora Protocolo nº 7. En efecto, en la Sentencia de 30 de abril de 2009, *Italia y Donnicil* Parlamento Europeo, C-393/07 y C-9/08, EU:C:2009:275, párrafo 44, se razona en los siguientes términos: “*no se puede reconocer al Parlamento una competencia general para apreciar la legalidad de los procedimientos electorales de los Estados miembros respecto del conjunto de los principios supuestamente subyacentes en el artículo 6 del Acta de 1976, tal y como los deduce el Parlamento, en particular el artículo 3 del Protocolo Adicional n 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mediante una interpretación amplia de dicho artículo 6 a la luz de dichos principios*”.

Este criterio, además, ya había sido enunciado en el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 13 de enero de 2009, C-512/07 P(R) y C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, en su apartado 43: *“dicho artículo 6 no puede, por sí mismo, fundamentar una competencia general del Parlamento para apreciar la legalidad de los procedimientos electorales de los Estados miembros respecto del conjunto de estos principios y del CEDH”*. Esta resolución, en su apartado 41, enuncia de forma más explícita, que dicho artículo 6 menciona la prerrogativa de voto de dichos diputados, *“prerrogativa que, por su naturaleza, no puede asociarse a la condición de candidato proclamado oficialmente en el orden de clasificación postelectoral”*.

Efectivamente, el artículo 8 del Acta indica que, salvo lo dispuesto en la misma, *“el procedimiento electoral se registrará, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales”*, tras lo que consigna una sola limitación a esa normativa nacional, a saber, que no desvirtúe globalmente el carácter proporcional del modo de elección. Correlativamente el actual art. 3.3 del actual Reglamento del Parlamento, reseña que este órgano procederá sin demora a la comprobación de credenciales y resolverá sobre la validez del mandato de cada uno de sus diputados electos, así como sobre las impugnaciones que se hubieran presentado de acuerdo con lo dispuesto en el Acta de 20 de septiembre de 1976, excepto sobre aquellas que, de acuerdo con lo dispuesto en dicha Acta, incidan exclusivamente en el ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales a las que dicha Acta remite. Y por ello en la sentencia de ese Tribunal de Justicia, de 7 de julio de 2005, *Le Pen v. Parlamento Europeo*, C-208/03 P, EU:C:2005:429, apartado 51, señala la absoluta falta de competencia del Parlamento para cuestionar una vacante de escaño derivada de la aplicación de las disposiciones nacionales.

Por ende, hasta el momento de la remisión de las listas de los diputados electos que han cumplimentado la normativa española, las normas de procedimiento son las nacionales, salvo previsión expresa del Acta, y son los órganos nacionales quienes las aplican. Ello excluye también la aplicación del artículo 9 del Protocolo sobre los meramente electos. Este criterio es congruente

con el momento en que resultaría de aplicación por el Parlamento, que no es otro que el momento en que los diputados ya hubiesen tomado posesión de su escaño, o al menos hubiesen sido incluidos en la lista que los organismos electorales nacionales remiten como candidatos que han cumplimentado con los trámites requeridos para adquirir la condición de Diputados al Parlamento Europeo.

4.5.- Es cierto que este criterio permitiría, con una excepcionalidad no descartable, que detenciones *ex novo* o procesos penales relacionados con un candidato ya proclamado electo no fueran amparadas por la inmunidad. Esta posibilidad es mucho más perturbadora cuando, de una u otra forma, pudiera detectarse *fumus persecutionis*. Pero la solución inversa no está exenta de inconvenientes, contrarios al sentido mismo de la inmunidad parlamentaria que ha de ser siempre entendida como una prerrogativa funcional. Y es que la tesis de la inmunidad desencadenada desde el momento mismo de la proclamación del electo en el Boletín Oficial del Estado, posibilitaría la inclusión de un preso preventivo en listas electorales -por cierto, cerradas- con el solo fin de la elusión de una responsabilidad exigida por la administración de justicia. Especialmente, cuando la situación de prisión provisional exigiera, de forma inmediata y automática, el levantamiento de una medida cautelar, con el consiguiente alto riesgo de frustrar un fin constitucionalmente legítimo, asociado al desenlace del proceso.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 3 del Protocolo nº 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos -rubricado como derecho a elecciones libres, lógicamente conectado con el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, recuerda que los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo nº 1 son cruciales para el establecimiento y mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia regida por el Estado de Derecho. Pero a su vez, precisa que estos derechos no son absolutos, que hay espacio para las "*limitaciones implícitas*", y los Estados parte deberían tener un margen de apreciación a este respecto. Margen de apreciación que califica de amplio (*Ždanoka c. Letonia* (GC), de 16 de marzo de 2006, § 103; *Mathieu-Mohin* y

Clerfayt c. Bélgica, de 2 marzo de 1987, § 52; *Matthews c. Reino Unido* [GC] § 63; *Labita c. Italia* [GC], § 201, ó *Podkolzina c. Letonia* § 33), siempre que no reduzca los derechos de que se trate, de tal manera que les afecten en cuanto al fondo y les priven de su eficacia, persigan un objetivo legítimo y los medios empleados no resulten desproporcionados. Y en el aspecto pasivo de este derecho -el derecho a ser elegido- el TEDH, se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procedimientos internos que conducen a la privación de la elegibilidad de una persona (cfr. *Melnitchenko v. Ucrania*, 19 de octubre de 2004, § 57, *Ždanoka* citado anteriormente, § 115 y *Etxeberria y otros c. España*, 30 de junio de 2009, § 50).

En esta última resolución, el TEDH señala que el contexto político en España, en el que la presencia de partidos políticos de carácter independentista en los órganos de gobierno de determinadas comunidades autónomas y, en particular, en el País Vasco, es un hecho notorio, demuestra que la medida controvertida no respondía a una intención de prohibir toda manifestación de ideas separatistas (cfr. § 55).

Una muestra bien expresiva de que nuestro sistema no incrimina ni persigue penalmente las ideas secesionistas, lo constituye el hecho de que, en la actualidad, el Gobierno autonómico catalán sigue defendiendo, con absoluta libertad, planteamientos ideológicos de ruptura constitucional. Y los integrantes del Gobierno autonómico, encabezados por su Presidente y el Presidente del Parlament han presenciado todo el decurso de la vista del juicio oral, con un reconocimiento protocolario preferente en la sala de audiencia.

El aseguramiento de los fines del proceso penal en delitos de especial gravedad, tanto por la entidad de las penas previstas, como por los bienes constitucionales cuya conculcación se afirma por las acusaciones, es el que ha llevado a este Tribunal a ponderar los valores en juego. De una parte, la privación de la libertad deambulatoria a través de una medida cautelar -con fundamento en el riesgo de fuga, motivo legalmente previsto- frente a un aplazamiento de los derechos de representación electoral del preso preventivo, aplazamiento del derecho proclamado en el artículo 39 de Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea que sólo se extiende a una previsión temporal moderada y que, pese a su conexión con los privilegios e inmunidades previstas para los Miembros del Parlamento Europeo en el Protocolo nº 7, tampoco resulta norma decisoria.

En todo caso, la cuestión no es tanto, si la ponderación del contenido de los derechos establecidos en la Carta debe tenerse presente, sino que sigue siendo, en virtud del momento concreto, previo al inicio de las sesiones, en relación a un diputado electo, a qué institución, le corresponde realizar la valoración de los intereses en juego y cuál es la normativa que resulta aplicable.

4.6.- En congruencia con las consideraciones anteriores, expuestas conforme a la invitación que las recomendaciones de ese Tribunal fijan para el planteamiento de cuestiones prejudiciales, la respuesta que pudiera darse a la cuestión prejudicial es que la inmunidad prevista en el artículo 9 del Protocolo nº 7, no opera hasta que el diputado toma posesión del escaño, sin que baste su sola condición de electo.

Pese a ello, la procedencia de la formulación de esta cuestión prejudicial es obvia, pues no existe un pronunciamiento expreso sobre el alcance temporal (extensión a momento previo de las sesiones), subjetivo (extensión a los electos) y objetivo (extensión de la expresión “*cuando se dirijan*”) del artículo 9. No cabe deducir de los términos de esa norma europea, ni de los preceptos a los que se remite, ni de la jurisprudencia existente sobre la misma, una única solución hermenéutica que se imponga por su propia evidencia, no solo al órgano jurisdiccional competente sino al resto de los Estados miembros.

Tanto más, cuando la causa penal en la que se suscita la cuestión prejudicial se desarrolla ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuya decisión no es susceptible de recurso alguno en el orden procesal interno. Por todo ello, venimos obligados a someter una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, de conformidad con el art. 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

QUINTO.- Cuestiones a plantear

Consecuentemente, las cuestiones prejudiciales atañen en primer lugar a la extensión temporal y subjetiva de las prerrogativas establecidas para los miembros del Parlamento Europeo en el Protocolo nº 7. Precisar si los privilegios ahí establecidos, operan conforme a su literalidad, exclusivamente para los «*miembros del Parlamento*» y «*mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones*» o tienen un efecto expansivo, personal y temporal, para los proclamados electos que todavía no hayan cumplimentado los requisitos establecidos con carácter necesario en la legislación interna y, por tanto, con carácter previo a la apertura del primer período de sesiones, que es el que marca el inicio del período quinquenal para el que son elegidos los diputados al Parlamento Europeo.

Si se concluyera que esas prerrogativas no se aplican antes del inicio de las sesiones parlamentarias, o que no se proyectan sobre los diputados meramente electos, no sería precisa mayor interpretación para resolver sobre el permiso interesado.

Pero si la respuesta fuera positiva y reconociera ese efecto expansivo desde el momento mismo de la proclamación como electo, a la vista de la distribución de atribuciones que en el proceso electoral establece el Acta relativa a la Elección de los Diputados del Parlamento Europeo por Sufragio Universal Directo, para el caso de que el organismo electoral nacional hubiera comunicado al Parlamento Europeo que el electo no ha adquirido la condición de Diputado al Parlamento Europeo, ni por tanto adquirido ninguna de las prerrogativas que les pudieran corresponder, se cuestiona si, pese a ello, persistiría la interpretación extensiva de la expresión “*período de sesiones*”, pese a la ruptura transitoria de su expectativa para el electo de tomar posesión de su escaño.

Y por último, si la interpretación fuere extensiva superadora también de los impedimentos judicialmente acordados, debería establecerse si la eficacia del artículo 9 del Protocolo nº 7, opera de modo absoluto, con un cierto automatismo o debería ponderarse, en cada caso concreto, los derechos e

intereses asociados a los fines del proceso, por una parte, y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra.

SEXTO.- Procedimiento acelerado

La cuestión a resolver, con el auxilio interpretativo del Tribunal de Justicia, es la concesión o denegación de un permiso extraordinario penitenciario, para lo cual es necesario conocer el alcance temporal, subjetivo y objetivo del artículo 9 del Protocolo nº 7 sobre Privilegios e Inmunidades de los miembros del Parlamento Europeo.

La cuestión, por tanto, no recae directamente sobre materia específicamente prevista en el Título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad, lo que impide instar su tramitación por el procedimiento de urgencia.

Tampoco decide sobre las cuestiones de fondo que motivan la situación de prisión provisional, aunque en forma indirecta, podría ocasionar la suspensión de esa situación de privación de libertad. También guarda relación con la dimensión temporal del derecho a ser europarlamentario y la composición del Parlamento.

Por estas razones, de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 267 TFUE, aunque la presente consulta prejudicial no versa sobre una materia cuya solución exija ser resuelta en un plazo específico, interesamos sea tramitada mediante el procedimiento acelerado previsto en el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

De conformidad con lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Primero. Suspender la resolución del recurso de súplica, hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las siguientes y subsidiariamente concatenadas, cuestiones prejudiciales:

1.- El artículo 9 del Protocolo nº 7 sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, ¿rige antes del inicio del “*período de sesiones*” para un acusado por delitos graves en situación de prisión provisional, acordada judicialmente por hechos anteriores al inicio de un proceso electoral, en el que aquél ha resultado proclamado electo al Parlamento Europeo, pero que ha sido privado por decisión judicial de un permiso penitenciario extraordinario que le permitiera cumplimentar los requisitos establecidos por la legislación electoral interna a la que remite el artículo 8 del Acta, relativa a la Elección de los Diputados al Parlamento Europeo por Sufragio Universal Directo?.

2.- En el caso de ser afirmativa la respuesta, si el órgano designado en la normativa electoral nacional, por no haber cumplimentado el electo los requisitos electoralmente establecidos (imposibilidad derivada de su limitación a la libertad deambulatoria por su situación de prisión provisional en proceso por delitos graves) hubiera comunicado al Parlamento Europeo, que aquél no ha adquirido esa condición de Diputado hasta tanto cumplimente esos requisitos; ¿persistiría la interpretación extensiva de la expresión “*período de sesiones*”, pese a la ruptura transitoria de su expectativa de tomar posesión de su escaño?

3.- Si la respuesta fuese la interpretación extensiva, en caso de que el electo se encontrase en situación de prisión provisional en proceso por delitos graves, con bastante antelación al inicio del proceso electoral, ¿la autoridad judicial que ha acordado la situación de prisión resultaría obligada, a la vista de la expresión «*cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste*» del artículo 9 del Protocolo nº 7, a levantar la situación de prisión en términos absolutos, de modo casi automático, para permitir el cumplimiento de las formalidades y desplazamientos al Parlamento Europeo?; o bien ¿debería atenderse a un criterio relativo de ponderación en el caso concreto, de los derechos e intereses derivados del interés de la justicia y del debido proceso por una parte y los atinentes a la institución de la inmunidad por

otra, tanto en lo que se refiere a la observancia del funcionamiento e independencia del Parlamento, como al derecho del ejercicio de cargos públicos por el electo?.

Remítase copia de esta resolución por vía electrónica al Tribunal de Justicia así como por correo certificado urgente con unión de los testimonios correspondientes.

Notifíquese esta resolución a las partes en esta pieza separada.

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

