

**Voto particular que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 814-2018.**

Con el máximo respeto a nuestros compañeros de Pleno, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia, que consideramos que debería haber sido estimatorio por vulneración del derecho a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), al no haberse realizado la ponderación requerida por la afectación de este derecho.

Al analizarse la invocación del derecho de representación política del recurrente y su posible afectación por la decisión de mantenimiento de la situación de prisión provisional de quien era candidato proclamado a unas elecciones autonómicas –momento en que se dictó el auto del magistrado instructor– y después diputado autonómico electo –momento en que se dictó el auto de la Sala de Recursos–, se ponen de manifiesto tres extremos: (i) la decisión de mantener la prisión provisional de un representante político autonómico en estas singulares circunstancias no solo concierne al derecho a la libertad del recurrente (art. 17 CE), sino también, singularmente, a su derecho a la representación política (art. 23 CE); (ii) la afectación a este derecho como consecuencia de la adopción de una medida cautelar de prisión provisional en el marco de un proceso penal nunca antes ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional y tan solo una vez por la jurisprudencia del TEDH mediante una decisión –la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*)–, que aún no es definitiva por haber sido admitida la solicitud de su reenvío a la Gran Sala; y (iii) la consideración constitucional de un asunto como el presente debe realizarse desde las premisas y con las técnicas del juicio de proporcionalidad.

En unas circunstancias de especial complejidad y novedad como las planteadas en este caso, resulta necesario profundizar en determinados aspectos de relevancia constitucional que han de ser tomados en consideración para la resolución de este tipo de supuestos.

*I. Los aspectos constitucionales relevantes para resolver los supuestos de prisión provisional de miembros de las cámaras legislativas autonómicas desde la perspectiva del art. 23 CE.*

1. *La necesidad de profundizar en los aspectos constitucionales para la resolución del caso:* La resolución de supuestos como el que se plantea en el presente recurso no puede ser abordada en su integridad solo con la actual jurisprudencia constitucional sobre las limitaciones al ejercicio de las funciones parlamentarias de los miembros de las cámaras legislativas que, en su mayor parte, ha sido establecida para resolver los conflictos generados con las decisiones adoptadas por los órganos de las cámaras parlamentarias respecto de sus miembros.

Además de la dimensión subjetiva que se plantea por la afectación del *ius in officium* del entonces diputado autonómico recurrente y de la dimensión institucional derivada de la ausencia del recurrente de la cámara autonómica –sobre lo que se volverá más adelante–, la decisión judicial analizada en este recurso tiene una dimensión estructural que está enmarcada, de manera esencial, en una cuestión clásica del constitucionalismo como es la división de poderes y el sistema de equilibrios entre dichos poderes. La asunción de esta dimensión estructural como elemento subyacente ayuda a comprender en toda su complejidad la dificultad del análisis constitucional de decisiones como las controvertidas en este recurso de amparo. A estos efectos, parece adecuado comenzar por recordar los mecanismos instaurados por el poder constituyente para afrontar el sistema de equilibrios entre el poder legislativo y el poder judicial.

2. *El sistema de inmunidades parlamentarias y su aplicación a los parlamentarios autonómicos:* La inmunidad parlamentaria, en muy diversas modalidades e intensidades, es una institución establecida con rango constitucional en la mayoría de los sistemas de democracia parlamentaria con el fin de garantizar el normal funcionamiento e independencia de las cámaras legislativas frente a eventuales interferencias que pudieran provenir del resto de poderes del Estado. Una de las garantías más extendidas de esta inmunidad, que es la que interesa en el presente recurso de amparo, es la inmunidad procesal en materia penal, conforme a la cual los miembros de las cámaras legislativas quedan protegidos contra cualquier forma de privación de libertad o sometimiento a proceso penal por parte de los órganos judiciales sin el consentimiento previo de la propia cámara.

El sistema español tiene la singularidad de que, en los tres diferentes niveles de ejercicio del poder legislativo –europeo, nacional y autonómico–, solo en los dos primeros se establece la inmunidad procesal de los representantes políticos contra decisiones cautelares privativas de libertad del orden jurisdiccional penal sin una autorización previa de la cámara respectiva. Por el contrario, los parlamentarios autonómicos y, por lo que interesa en este recurso, los diputados del

Parlamento de Cataluña, no gozan de la protección dispensada por el suplicatorio contra actuaciones judiciales del orden penal y esta queda limitada al aforamiento.

Así, el art. 71.2 CE establece que durante el período de su mandato los diputados y senadores gozarán de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y que no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la cámara respectiva. La jurisprudencia constitucional ha destacado la dimensión institucional de la inmunidad parlamentaria al incidir en la idea de que: (i) no puede concebirse como un privilegio personal que se establece en beneficio de los diputados o senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de los jueces y tribunales, sino que tiene una finalidad de protección del conjunto de funciones parlamentarias vinculada a la proclamación de la inviolabilidad de las Cortes Generales (art. 66.3 CE); (ii) la amenaza frente a la que protege la inmunidad solo puede ser de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las cámaras o de alterar la composición que les ha dado la voluntad popular; y (iii) la corrección constitucional de la decisión, que cabe que sea valorada por el Tribunal Constitucional, depende de que resulte conforme a la finalidad que persigue la institución de la inmunidad parlamentaria, de modo tal que este Tribunal debe constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las cámaras de modo suficiente y en términos razonables o argumentales (así, por ejemplo, SSTC 90/1985, de 22 de julio; 206/1992, de 27 de noviembre; o 123 y 124/2001, de 4 de junio).

Sin embargo, al regular las inmunidades procesales de sus parlamentarios, ninguno de los estatutos de autonomía han establecido la necesidad de una autorización previa de la cámara respectiva para la inculpación o procesamiento de los miembros de los poderes legislativos autonómicos, que queda limitada a los aforamientos, lo que posibilita, en todo momento, la adopción de medidas cautelares privativas de libertad contra los parlamentarios autonómicos por parte de los órganos judiciales penales a los que se reserva el conocimiento de los hechos delictivos que puedan cometer sin necesidad de la previa autorización de la cámara legislativa autonómica.

La inexistencia de esta prerrogativa en el ámbito del parlamentarismo autonómico muestra inequívocamente que hay que considerar el aforamiento de los diputados autonómicos como un elemento de protección suficiente por el alto rango del órgano judicial llamado a conocer de la instrucción y enjuiciamiento de los delitos por los que fueran perseguidos –con carácter general

la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo—. Esta institución garantiza que no se va a interferir de manera arbitraria en el correcto funcionamiento del poder legislativo autonómico mediante la persecución penal de sus miembros. No obstante, también ha de tenerse en cuenta que, en ausencia del suplicatorio, el órgano judicial penal carece de la posibilidad de contar con los elementos argumentativos que eventualmente pudiera aportar la cámara respectiva al decidir sobre el mismo.

Una vez contextualizada la decisión objeto de controversia en el marco del sistema de equilibrios entre poderes, todavía resulta necesario profundizar en otros aspectos concurrentes para establecer los criterios relevantes en el presente enjuiciamiento constitucional.

3. *Los aspectos vinculados a la dimensión subjetiva del derecho de representación política:* La actual jurisprudencia constitucional resulta determinante para establecer, desde el punto de vista del derecho subjetivo a la representación política de los diputados autonómicos y por lo que interesa a este recurso de amparo, lo siguiente:

(i) El derecho de representación política garantiza el derecho de acceder a los cargos de naturaleza representativa, de mantenerse en los mismos y de desempeñarlos de acuerdo con la ley sin perturbaciones ilegítimas de todas aquellas facultades que pudieran considerarse pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno [SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; y 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 b)].

(ii) El derecho de representación política no es un derecho absoluto, sino que el legislador puede imponer limitaciones y restricciones a su ejercicio orientadas a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, siempre que sean proporcionadas al cumplimiento de dicha finalidad. A estos efectos, cabe citar, a modo de ejemplo, la STC 71/1994, de 3 de marzo, en que se analizó la constitucionalidad del art. 384 *bis* LECrim, que establece la previsión legal de la suspensión de cargo público respecto de quien se haya decretado la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes cuando sea firme el auto de procesamiento y mientras dure la situación de prisión.

(iii) En coherencia con lo anterior, el aplicador del derecho, incluyendo el juez penal, podrá establecer, cuando así este previsto legalmente, la restricción de dicho derecho haciendo una concreta ponderación en cuanto supone la afectación a un derecho fundamental sustantivo. Así, por ejemplo, cabe citar la STC 151/1999, de 14 de septiembre, en aplicación de las previsiones del Código Penal sobre penas de suspensión e inhabilitación para cargo público y las SSTC 80/1987, de 27 de mayo, y 166/1993, de 20 de mayo.

Esta jurisprudencia constitucional previa no se ha pronunciado sobre la afectación al núcleo esencial del derecho de representación política derivada de la mera imposibilidad fáctica de que un representante político pueda acudir a la cámara por estar cumpliendo una medida cautelar de prisión provisional. A esos efectos, es necesario poner de manifiesto que ni el legislador ni las propias cámaras legislativas, dentro de la amplia libertad de configuración de los derechos de participación política que le confiere el art. 23 CE, han previsto expresamente la afectación del ejercicio del derecho de representación política por la circunstancia de que un representante político esté privado de libertad por cumplimiento de una prisión provisional; al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en supuestos de cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme que imposibilite su asistencia a las sesiones plenarias [art. 25.1.b) RPC] o en el caso ya expuesto del art. 384 *bis* LECrim. Solo el art. 21.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, al establecer las causas de suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, se refiere a la situación de prisión provisional, pero únicamente contempla la situación en que la cámara haya concedido el suplicatorio y se haya dictado un auto de procesamiento que sea firme.

De hecho, este Tribunal es consciente del carácter incidental de la restricción al derecho de representación política que implica la prisión provisional, tal como se evidencia en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, cuando al analizar la solicitud de suspensión cautelar de otro de los entonces procesados en el mismo proceso judicial y también sometido a prisión provisional, se reconoce que “parte de las facultades de representación política anejas al cargo –singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal– se han visto afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente, por resoluciones judiciales como la cuestionada, pues tal limitación se apoya precisamente en su situación de preso preventivo” (FJ 5). El Tribunal, sin embargo, no entró a analizar la adecuación a la ley de esta limitación al considerar que esta cuestión debía resolverse cuando se pronunciara sobre el fondo del asunto y no en el incidente cautelar en el que recayó la referida resolución.

Asimismo, cabe destacar que en la citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) se reconoce: (i) que hay espacio para que los Estados parte aprecien limitaciones implícitas a este derecho siempre que se impongan en pos de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados (§ 230); (ii) que el CEDH no prohíbe la aplicación de la privación cautelar de libertad y el mantenimiento en prisión provisional de un diputado o candidato en unas elecciones parlamentarias, con las restricciones que esto implica en el ejercicio de sus funciones de representación política, por lo que dichas medidas no suponen *per se* automáticamente una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1; y (iii) que, en todo caso, resulta esencial que se hayan ponderado los intereses del afectado y de la sociedad, desde la perspectiva del derecho de representación política, en relación con los intereses de la administración de justicia que legitimaron la prisión provisional (§ 231).

También es un aspecto destacable que este pronunciamiento del TEDH, al analizar el cumplimiento de la exigencia del principio de legalidad para adoptar una medida limitativa del derecho de representación política, no se centra en la existencia de una concreta previsión normativa que vincule esta medida con una decisión sobre la prisión provisional del parlamentario, sino, directamente, en la decisión misma de la prisión provisional (§ 237). Es más, al analizar el cumplimiento de la exigencia de la legitimidad del fin perseguido con la medida restrictiva del derecho a la representación política, se insiste en que vendría a coincidir con el fin legitimador de la prisión provisional. De ese modo, se afirma que, en defecto de observación específica de las partes sobre ese punto, el Tribunal procederá bajo el supuesto de que la interferencia en el derecho perseguía un objetivo legítimo, ya que se produjo como consecuencia de la privación cautelar de libertad del recurrente, cuyo objetivo era garantizar el correcto desarrollo del proceso penal en su contra (§ 237).

Por tanto, desde la estricta dimensión subjetiva del art. 23.2 CE, cabe establecer que en un supuesto como el controvertido en el presente recurso de amparo este derecho fundamental puede ser objeto de restricción como consecuencia de la adopción de una medida de prisión provisional. Ahora bien, para que esta limitación sea constitucionalmente legítima, el órgano judicial debe efectuar un juicio de proporcionalidad en que pondere de manera específica y autónoma la afectación que la prisión provisional va a tener sobre este derecho fundamental.

4. *Los aspectos vinculados a la dimensión institucional del derecho de representación política:* De acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

(i) El derecho al ejercicio de la función parlamentaria de los miembros de las cámaras legislativas reconocido en el art. 23.2 CE se configura como un derecho subjetivo de los representantes políticos, que es necesario poner en conexión con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), y como un elemento esencial y estructural de la democracia misma. Este derecho es un instrumento del principio democrático, sin el cual no resulta operativa la democracia parlamentaria.

Ese carácter estructural del derecho a la representación política fue destacado en la STC 71/1994, de 3 de marzo, al afirmar que “la doble función o ‘doble carácter’ de la mayoría de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5º), su carácter de derecho subjetivo y su carácter de elemento objetivo del orden democrático, acaso no sea nunca tan patente como en el caso del derecho que nos ocupa. En un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución ha conformado, el grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de las diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición por eso mismo necesariamente singular, con proyección sobre las condiciones de permanencia en la función o cargo público. Titulares de una función pública, su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental. Como ciudadanos son ciertamente titulares o sujetos de derechos fundamentales, pero a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad. De todo lo cual resulta que, si bien la permanencia en la función o cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 C.E., se trata de un derecho de permanencia en un status cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado” (FJ 6).

La jurisprudencia del TEDH también ha destacado esa dimensión institucional y estructural del derecho de representación política y su vinculación con la democracia misma. Así, en la ya citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) se insiste en la doble idea de que (i) “la democracia constituye un elemento fundamental del ‘orden público europeo’, y que los derechos garantizados en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 CEDH son cruciales para establecer y mantener las bases de una democracia efectiva y significativa

gobernada por el estado de derecho”; y (ii) “las elecciones libres y la libertad de expresión, en particular la libertad de debate político, forman la base de cualquier sistema democrático (...). Por lo tanto, la Convención establece un estrecho nexo entre una democracia política efectiva y el funcionamiento efectivo del Parlamento. Por consiguiente, no cabe duda de que el funcionamiento efectivo del Parlamento es un valor de importancia clave para una sociedad democrática” (§ 227). Posteriormente, el TEDH vuelve a insistir en que “los derechos garantizados por el Artículo 3 del Protocolo No. 1, que son inherentes al concepto de un sistema verdaderamente democrático, serían simplemente ilusorios si los representantes elegidos o sus votantes pudieran ser privados arbitrariamente de ellos en cualquier momento” (§ 229).

(ii) El derecho de representación política en su dimensión institucional no se satisface con la mera posibilidad de ejercicio del voto en las cuestiones sometidas a deliberación, sino con la plena participación en el proceso deliberativo y decisorio. El ejercicio de este derecho, en el normal desenvolvimiento de la democracia parlamentaria, viene presidido, entre otras consideraciones, por la doble exigencia de que el cargo representativo sea ejercido personalmente y no por delegación y de que el ejercicio personal del cargo lo sea de modo presencial y concentrado en las cámaras legislativas a los efectos de hacer efectiva una democracia parlamentaria deliberativa.

El Pleno de este Tribunal en la STC 19/2019, de 12 de febrero, aborda ambos aspectos, al establecer que “el ejercicio personal del cargo público representativo es una exigencia que deriva del propio carácter de la representación que se ostenta, que corresponde únicamente al representante, no a terceros que puedan actuar por delegación de aquel”. Asimismo, el Tribunal declara que “como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos” [FJ 4.A)].

También el TEDH insiste en que es parte del núcleo esencial del derecho de representación política la función deliberativa del parlamentario, y no solo la decisoria, cuando en la citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) establece que “la libertad de expresión es importante para todos, especialmente para un representante electo del pueblo. Representa a su electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses. En consecuencia, las interferencias con la libertad de expresión de un miembro de la oposición en el parlamento (...) requieren el escrutinio más



cercano por parte de la Corte” (§ 228). Igualmente, reincide en esa idea al recordar que “en una democracia, el Parlamento y órganos similares son foros esenciales para el debate político, del cual forma parte el desempeño de los deberes parlamentarios” y que “mientras cumplen su mandato, los miembros del parlamento representan a sus votantes, señalando sus preocupaciones y defendiendo sus intereses” (§ 239). En relación con ello, cuando procede a realizar el juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que había tenido la prisión provisional del demandante en su derecho de participación política, el TEDH establece como elementos relevantes para considerar que en aquel caso se había vulnerado este derecho que (i) “al realizar su ponderación, ni los tribunales que decidieron sobre el mantenimiento de la prisión provisional, ni aquellos que rechazaron sus solicitudes de libertad, ni el Tribunal Constitucional parecen haber tenido suficientemente en cuenta el hecho de que él no solo era miembro del parlamento, sino también uno de los líderes de la oposición política del país, cuyo desempeño de sus deberes parlamentarios requería un alto nivel de protección” (§ 238) y que (ii), atendiendo a su condición de representante político y la especial función que cumplen estos en el funcionamiento de la democracia parlamentaria, “las autoridades judiciales no explicaron por qué la aplicación de una medida alternativa a la privación de libertad habría sido insuficiente en el caso particular del solicitante” (§ 239).

Por tanto, desde la dimensión institucional del art. 23.2 CE, cabe establecer como criterios constitucionalmente relevantes para el análisis de supuestos como el controvertido en el presente recurso de amparo (i) que el derecho de representación política adquiere una dimensión trascendente a un derecho fundamental subjetivo conformándose en un elemento institucional y estructural esencial para el funcionamiento de la democracia, sin el cual no puede concebirse una democracia parlamentaria representativa; y (ii) que el normal funcionamiento de una democracia parlamentaria representativa exige que el ejercicio del derecho de representación política sea de carácter personal y mediante la presencia del representante político en las cámaras y sus órganos internos posibilitando con ello la deliberación y la adopción de acuerdos. De ese modo, en el juicio de proporcionalidad que debe presidir la decisión judicial sobre la prisión provisional de un representante político, debe tomarse en consideración que, ante la circunstancia de que una cámara legislativa se vea privada en sus funciones deliberativas y decisorias de uno de sus miembros, el órgano judicial penal tiene la obligación de ponderar la afectación que la prisión provisional de ese concreto representante político va a tener sobre el normal desenvolvimiento del sistema de democracia parlamentaria y la suficiencia de otras medidas alternativas a la privación de libertad cautelares menos perturbadoras para la función parlamentaria.

*II. El juicio de proporcionalidad de la incidencia de la privación provisional de libertad del recurrente en las garantías individuales e institucionales protegidas por el derecho de representación política.*

*5. La cobertura legal de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido con la misma:* Las resoluciones judiciales impugnadas han prestado una especial y rigurosa atención al juicio de proporcionalidad en lo relativo a cómo podía afectar la decisión de mantener la situación de prisión provisional del recurrente sobre su derecho a la libertad, en lógica correspondencia con la naturaleza de la medida y con el hecho de que, con carácter inmediato, aquel es el derecho fundamental sustantivo más directamente afectado. Por el contrario, en lo referente a cómo el mantenimiento de la situación de prisión provisional podía afectar al ejercicio del derecho de representación política del recurrente, aunque ha existido una adecuada identificación de la cobertura legal de la medida y el fin que la legitimaba constitucionalmente, el juicio de proporcionalidad realizado no ha ponderado con la intensidad constitucionalmente exigible los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política que estaban siendo sacrificados.

La decisión judicial controvertida en este recurso de amparo plantea la singularidad de que no tenía por objeto la aplicación de una concreta institución prevista por el legislador o la cámara legislativa con el objeto de suprimir, suspender, limitar o restringir derechos de representación política, sino la aplicación de una medida cautelar de naturaleza personal adoptada en el marco de una instrucción penal que, al privar de libertad a un representante político, incide también de manera esencial en el ejercicio de sus derechos de representación política. El legislador o la cámara legislativa autonómica hubieran podido establecer y regular de una manera explícita la incidencia que sobre ese derecho de representación política tiene la prisión provisional de uno de sus miembros. Sin embargo, no ha sido así. En un contexto como este son los órganos judiciales quienes deben ponderar si concurre el fin que constitucionalmente legitima la limitación del derecho de representación política que conlleva la prisión provisional.

Los delitos que se imputaban al recurrente (rebelión, sedición y malversación) y que dieron lugar a la adopción de la medida cautelar estaban en conexión con el ejercicio de sus funciones representativas y así fue puesto de relieve y valorado en las resoluciones judiciales impugnadas, especialmente en el auto resolutorio del recurso de apelación. A estos efectos, debe

señalarse cómo en dicha resolución, al analizar la concurrencia del riesgo de reiteración delictiva, se expone que (i) “no existe en la actualidad ningún dato que permita entender que la intención del recurrente sea prescindir de la posibilidad de ocupar el mismo o similar lugar político al que le permitió, por el poder político del que disponía, ejecutar los actos delictivos que se le imputan”; y que (ii) “el recurrente es la persona que, a pesar de su situación penal, se ha presentado, o ha sido designado por su partido, como candidato a la Presidencia de la Generalitat, lo que le situaría, en principio, en una posición preponderante respecto de las decisiones a tomar en relación a esta cuestión” (razonamiento jurídico séptimo). Desde esta perspectiva, la prisión provisional puede ser considerada una medida necesaria para evitar la materialización de un riesgo de reiteración delictiva que tomaba como presupuesto su condición de representante político. Por tanto, hay que reconocer que (i) ha existido una afectación al derecho de representación política del recurrente derivado de la medida judicial ahora enjuiciada, (ii) dicha medida contaba con cobertura legal; (iii) la medida perseguía un fin legítimo, también desde la perspectiva de la restricción que suponía del derecho de representación política; y (iv) la medida era necesaria y adecuada para la consecución del fin legítimo de evitar el riesgo de reiteración delictiva derivado del ejercicio del derecho de representación política.

6. *El juicio de proporcionalidad realizado en el auto de instancia en relación con el derecho de representación política:* A partir de las consideraciones expuestas puede concluirse que el análisis realizado en el auto de instancia en respuesta a la invocación del derecho de representación política en las circunstancias concurrentes en ese momento, frente a la prevalencia de la necesidad de enervar el riesgo de reiteración delictiva –y, por tanto, el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente–, no respondió a la ponderación constitucionalmente requerida por este derecho.

El auto del magistrado-instructor de 4 de diciembre de 2017 tenía por objeto pronunciarse sobre la solicitud de modificación de la medida cautelar de prisión que había sido adoptada por aquel Juzgado respecto de un total de diez investigados, incluyendo al ahora recurrente. En aquel momento, el recurrente ya había sido proclamado por acuerdo de la Junta Electoral de Barcelona de 24 de noviembre de 2017 (“BOE” núm. 287, de 25 de noviembre de 2017) como el candidato que encabezaba la candidatura del partido político Esquerra Republicana-Catalunya SÍ (ERC-CatSi) por la circunscripción de Barcelona para las elecciones al Parlamento de Cataluña que se celebrarían el 21 de diciembre de 2017.

La única referencia directa a la afectación del derecho a la representación política del recurrente dentro del razonamiento que se desarrolló para denegar la modificación de su situación de prisión provisional es la contenida en el razonamiento jurídico cuarto.6), donde se razona que (i) el derecho de representación política admite limitaciones legítimas y proporcionadas; (ii) la garantía de este derecho concretamente afectada es la participación en una campaña electoral; y (iii) el riesgo de reiteración delictiva va expresamente unido a las responsabilidades públicas a las que aspiran.

Estos razonamientos inciden, de modo correcto, en la posibilidad de afectación del derecho de representación política y en la identificación del conflicto entre el fin legitimador perseguido por la medida –riesgo de reiteración delictiva vinculado al ejercicio del derecho de representación política– y una concreta dimensión del derecho de representación política –participación en la campaña electoral–. Sin embargo, se omite cualquier consideración sobre un elemento necesario del juicio de proporcionalidad como es el nexo de adecuación y necesidad entre impedir participar en una campaña electoral y el riesgo de reiteración delictiva vinculado al ejercicio de un cargo público representativo. Esta vinculación no resulta muy evidente, en cuanto todavía no se había accedido al cargo y, por tanto, cabía demorar la valoración sobre el riesgo de reiteración, en su caso, hasta después de la celebración de las elecciones. Al razonar de este modo, tampoco se entran a valorar las razones por las que en este conflicto debe prevalecer la enervación del riesgo de reiteración delictiva y sacrificarse los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política. Por ello, hay que considerar que esta resolución no contiene la ponderación constitucionalmente requerida para justificar la afectación del derecho de representación política.

*7. El juicio de proporcionalidad realizado en el auto de apelación en relación con el derecho de representación política:* El análisis realizado en el auto de apelación tampoco responde a la ponderación constitucionalmente requerida por la afectación del invocado derecho de participación política.

El auto de la Sala de Recursos de 5 de enero de 2018, si bien tenía como objeto exclusivo resolver el recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo contra la anterior decisión, presenta la peculiaridad de que se adoptó cuando ya se habían celebrado las elecciones autonómicas y el recurrente había sido proclamado diputado electo por la circunscripción de Barcelona por la Junta Electoral Provincial de Barcelona en sesión de 27 de diciembre de 2017

[Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (“BOPC”) núm. 1, de 19 de enero de 2018], aunque cuando esta resolución se adoptó todavía no se había constituido el Parlamento de Cataluña, lo que tuvo lugar el 17 de enero de 2018.

En los razonamientos jurídicos segundo a cuarto del auto se resuelve la invocación del derecho de representación política, motivándose que (i) el derecho de representación política admite limitaciones legítimas y proporcionadas una de las cuales es la adopción de medidas cautelares privativas de libertad en un proceso penal, ya que este derecho no supone la impunidad ni las eventuales consecuencias derivadas de un proceso penal pueden eludirse con el acceso a un cargo representativo; (ii) el recurrente era conocedor de la incoación de un proceso penal contra él con carácter previo a presentar la candidatura; (iii) la medida cautelar ha limitado alguna de las manifestaciones del derecho de representación política, pero ha permitido al recurrente ser candidato, votar y salir elegido; y (iv) la proporcionalidad de la medida para el ejercicio del derecho de representación política podrá ser tenida en cuenta por el magistrado instructor en el momento de adoptar las decisiones que resulten pertinentes, en momentos puntuales y en función de las circunstancias que se presenten en cada uno de ellos.

No hay nada que objetar respecto de los razonamientos relativos a la cobertura legal de la restricción del derecho de representación política y la concurrencia en el caso de un fin legitimador que la justificara. También es apreciable que se hayan valorado como concretos elementos de ponderación, para justificar la prevalencia de la necesidad de enervar el riesgo de reiteración delictiva frente al sacrificio correlativo de otros intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política, (i) el hecho de que se han mantenido subsistentes aquellas manifestaciones de este derecho que no quedaban directamente afectadas por el derecho a la libertad y (ii) el hecho de que se destacara la posibilidad de modular la afectación de aquellas manifestaciones de este derecho para las que fuera esencial la presencia personal del recurrente mediante concretas decisiones que podían adoptarse por el magistrado instructor.

A pesar de ello, estos razonamientos no satisfacen el deber de ponderación con la intensidad constitucionalmente exigible cuando concurren los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política que estaban siendo sacrificados en este caso. En primer lugar, la afirmación de que no se han visto afectadas las manifestaciones del derecho de representación política del recurrente de ser candidato, votar y salir elegido no son relevantes para este juicio de ponderación, ya que son manifestaciones que están constitucionalmente

garantizadas por el art. 23.2 CE, en tanto que no existe ninguna cobertura legal para su limitación derivada de la mera circunstancia de estar cumpliendo una medida cautelar de prisión provisional o sometido a un proceso penal. En segundo lugar, por lo que se refiere ya a la afectación de las concretas manifestaciones del derecho de representación política del recurrente vinculadas a la privación de libertad, la mera referencia a la posibilidad futura de que se adoptaran concretas y puntuales medidas para cada caso singular por parte del magistrado instructor tampoco permite apreciar, por su absoluta indefinición, que, desde la perspectiva del deber de valorar la inexistencia de alternativas menos gravosas para el derecho sacrificado, se haya satisfecho en este aspecto el juicio de ponderación. La señalada ausencia de precedentes en la jurisprudencia constitucional o en la del TEDH al momento de dictarse las resoluciones impugnadas es un elemento que puede explicar esa circunstancia; sin embargo, no puede ser un impedimento para que ahora deba quedar reconocida.

8. *Aspectos constitucionalmente relevantes del juicio de proporcionalidad que deberían haber sido valorados:* La función de este Tribunal en los procedimientos de amparo cuando se invoca un derecho sustantivo no se agota en un mero control externo del razonamiento de las resoluciones impugnadas, sino que, como máximo interprete en materia de garantías constitucionales [art. 123.1 CE, en relación con los arts. 53.2 y 161.1.b) CE, art. 5.1 LOPJ y art. 1 LOTC], tiene una plenitud de jurisdicción para establecer el parámetro de protección de ese derecho sustantivo. De este modo, parece adecuado incluir una última reflexión sobre los diversos criterios o elementos constitucionalmente relevantes que deberían haber estado presentes al realizar el necesario juicio de proporcionalidad y que se han ido desgranando en la primera parte de este voto particular. A esos efectos, y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar lo siguiente:

(i) La relevancia en abstracto de los intereses constitucionales en conflicto: No es fácil establecer dentro de los intereses constitucionales una ordenación axiológica. Priorizar en abstracto unos frente a otros es un complejo ejercicio habida cuenta de que los intereses constitucionales se desenvuelven dentro de un mismo sistema y, por tanto, coadyuvan e interactúan entre ellos de manera equilibrada. No obstante, no cabe renunciar en el juicio de proporcionalidad a valorar cuál es el peso específico de los intereses en conflicto como un elemento más del razonamiento. En el presente caso, como se ha venido señalando, concurrían, por un lado, el derecho de representación política del recurrente y, por otro, el interés público en enervar los riesgos derivados de una posible reiteración delictiva.

El derecho fundamental de representación política, como también se ha destacado, tiene una dimensión institucional al ser también instrumental del correcto funcionamiento del sistema de democracia parlamentaria. Su importancia estructural es de tal magnitud e intensidad que cuenta dentro del propio diseño constitucional y estatutario con específicas instituciones de protección frente a eventuales interferencias de otros poderes del Estado, como son las prerrogativas parlamentarias. Además, su eventual sacrificio supone una efectiva y actual incidencia en el ejercicio del derecho.

Por su parte, la finalidad de enervar los riesgos de reiteración delictiva es un interés constitucionalmente relevante en consideración a la protección de los bienes jurídicos que estarían en riesgo en caso de verificarse la reiteración del delito. Es un juicio de prognosis, por lo que su eventual sacrificio no supone un daño actual, sino meramente potencial, ya que la única consecuencia inmediata es que se mantendría la situación de riesgo para esos bienes jurídicos, pero no su lesión. Además, al estar asociado con una medida cautelar en el marco de una instrucción penal, la afirmación del riesgo de reiteración delictiva no se hace sobre la certeza de que se haya cometido un delito que pueda reiterarse, pues esta solo puede constatarse una vez que exista una sentencia condenatoria firme.

(ii) La intensidad de la afectación al interés constitucional sacrificado: En el presente caso, –si bien cuando se acordó en la instancia mantener la situación de prisión provisional del recurrente la afectación de su derecho de representación política quedaba limitada a su participación presencial en la campaña electoral– cuando se decide en la apelación confirmar el mantenimiento de la medida, el recurrente era un candidato electo y, por tanto, la afectación de su derecho de representación política era especialmente intensa en lo subjetivo y en lo institucional, pues se impedía al recurrente el ejercicio de funciones para las que es consustancial su presencia personal y se estaba privando al Parlamento de Cataluña de la participación en sus procesos deliberativos y decisorios de uno de sus miembros de especial relevancia política, habida cuenta de su condición de presidente de un partido político y candidato a la Presidencia de la Generalitat.

(iii) La posibilidad de protección del interés constitucional prevalente con alternativas menos lesivas para el interés constitucional sacrificado: El análisis de la decisión controvertida en el presente recurso de amparo, desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad por la afectación del art. 23.2 CE, no era solo si el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente

era necesario en interés de la protección de bienes jurídicos que podían ser objeto de lesión en caso de reiteración delictiva, sino también si existían alternativas más equilibradas. Esto es, si era posible adoptar una decisión que, aun no enervando totalmente el riesgo que se intentaba controlar con el mantenimiento de la prisión provisional, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente.

Las decisiones adoptadas por el juez instructor y por la Sala de Recursos maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva a través del sometimiento al recurrente a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad, sin más matices que una indefinida alusión a la posibilidad de que el magistrado instructor pudiera tener en cuenta la proporcionalidad a la hora de adoptar decisiones en momentos puntuales que no se concretan ni se someten a pauta alguna. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política del recurrente se veía anulado. En un contexto como este parecía indispensable un razonamiento acerca de que la posibilidad de que se hubieran adoptado algunas de las medidas de control previstas en la legislación procesal penal para los sometidos a procedimiento no tenía suficiente eficacia para mantener un control suficientemente intenso del riesgo de reiteración delictiva dentro de la menor afectación posible del derecho de representación política. Parecía, además, necesario valorar –para apreciar la necesidad de desincentivar cualquier hipótesis de reiteración de las conductas que estaban siendo objeto de la instrucción penal– el hecho de que la decisión debía tomarse en un contexto en que aquellas conductas habían provocado ya la excepcional aplicación del mecanismo del art. 155 CE, lo que había supuesto, entre otras cosas, el cese del recurrente en su cargo de vicepresidente de la Generalitat y la disolución del Parlamento de Cataluña del que el recurrente era diputado, cargos a los que se había vinculado parcialmente el riesgo de reiteración delictiva; y preguntarse si, en correlación con ello, la afectación del derecho de representación política del recurrente con estas medidas alternativas podría ser susceptible de un ámbito de constricción menos intenso. Se ofrecía, asimismo, como necesario, considerar con el suficiente detalle, tal como la jurisprudencia del TEDH exige, si era posible adoptar medidas alternativas que paliaran la restricción del ejercicio del derecho de representación política respetando el principio de proporcionalidad con respecto a la necesidad de salvaguardar los fines del proceso penal. Era, finalmente, procedente, en cualquier caso, la consideración de si la eventual insuficiencia de estas medidas alternativas para conseguir el fin constitucionalmente relevante de enervar los riesgos de reiteración delictiva podía ser objeto de alteración progresiva en orden a la adopción de medidas de mayor control en función de que su eventual insuficiencia fuera confirmada por la sucesión de acontecimientos.



Estas consideraciones nos llevan a entender que hubiera sido procedente, a nuestro juicio, estimar el amparo y anular las resoluciones impugnadas con la finalidad de que la Sala de Recursos del Tribunal Supremo, a su libre criterio, efectuara una nueva valoración ponderando los elementos que han quedado señalados en este voto particular, y cualesquiera otros que pudieran ser relevantes para completar el juicio de proporcionalidad, o bien defiriera esta valoración al magistrado instructor con indicación de pautas o parámetros, con el fin de que se adoptara una nueva resolución acerca de las medidas que en su caso procedía adoptar respecto del imputado. Somos conscientes, desde luego, de que la estimación del recurso de amparo no podría ir en este momento más allá de la mera declaración del derecho fundamental invocado en el recurso, puesto que, como es bien sabido, en la actualidad existe una sentencia firme de condena que pone fin a la situación de prisión provisional.

Hacemos abstracción de la trascendencia política y social del caso, pero no podemos sustraernos a su trascendencia jurídica, pues el derecho controvertido, como hemos expuesto, afecta a la estructura del sistema democrático. Dado, pues, el carácter novedoso del problema planteado y la esencial relevancia que tiene el derecho a la representación política en el sistema de democracia parlamentaria que constituye nuestro *habitat* constitucional, hemos considerado un deber que nuestra discrepancia quedara plasmada con todos los matices que aporta este voto particular. Son las consideraciones expuestas las que nos han llevado a tomar la decisión de disentir respetuosamente con la desestimación del presente recurso de amparo exclusivamente en lo que respecta a la insuficiente ponderación del derecho de representación política.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.