

PLENO

ASUNTO: Pieza separada sobre medidas cautelares

Excmos. Sres.:

D. Juan José González Rivas
Dña. Encarnación Roca Trías
D. Andrés Ollero Tassara
D. Fernando Valdés Dal-Ré
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Juan Antonio Xiol Ríos
D. Pedro José González-Trevijano Sánchez
D. Antonio Narváez Rodríguez
D. Alfredo Montoya Melgar
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
Dña. María Luisa Balaguer Callejón

SOBRE: Recurso de amparo promovido por don Jordi Sánchez Picanyol contra Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 9 de marzo de 2018 del Magistrado Instructor en la Causa especial núm. 20907/2017.

AUTO

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de abril de 2018, el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de don Jordi Sánchez i Picanyol, bajo la dirección del Letrado don Jordi Pina Massachs, interpuso demanda de amparo contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 9 de marzo de 2018 del Magistrado Instructor en la Causa especial núm. 20907/2017, que había denegado al recurrente, en situación de prisión provisional, la concesión de un permiso extraordinario penitenciario que, al amparo de lo previsto en los arts. 47.1 y 48 de la Ley General Penitenciaria, había solicitado con la finalidad de acudir personalmente al Parlamento de Cataluña, en su condición de diputado y candidato a Presidente de Gobierno de la Generalitat, para poder presentar su programa de gobierno y recabar la confianza de la Asamblea.

2. El demandante considera que las decisiones judiciales impugnadas han vulnerado (i) su derecho fundamental a la participación directa como diputado en asuntos públicos y al acceso a cargos públicos (art. 23 CE en relación con el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) y (ii) su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En la demanda de amparo se solicita asimismo que, a la vista de la suma importancia no sólo de los derechos fundamentales del demandante, sino también de los derechos de sus electores, así como de los otros intereses constitucionales mencionados en la demanda, y teniendo en cuenta los plazos límite para la investidura que rigen en el Parlamento de Cataluña, que vencen el próximo 22 de mayo de 2018, hasta la resolución del recurso, de conformidad con las medidas cautelares adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su resolución de 23 de marzo de 2018, este Tribunal autorice cautelarmente la posibilidad de defender su candidatura a la Presidencia de la Generalitat a través de medios alternativos, como la videoconferencia desde el centro penitenciario o desde una sede judicial, por considerarlo un medio idóneo para el ejercicio de los derechos cuya tutela se pretende y que hace compatible dicho ejercicio con los legítimos derechos de los restantes diputados del Parlamento de Cataluña y con los intereses a los que se refieren las resoluciones cuestionadas.

3. Mediante providencia de fecha 25 de abril de 2018, a propuesta del Presidente, conforme establece el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), el Pleno acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

Mediante providencia de fecha 8 de mayo de 2018, el Pleno acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, al considerar que concurre en la misma una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) en cuanto que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. Y no apreciando la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 LOTC que justificaría resolver sobre la medida cautelar solicitada *inaudita parte* y de forma inmotivada, ordenó la formación de la oportuna pieza separada para tramitar dicha solicitud, concediendo al recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de tres días para que, sobre la misma, alegaran lo que estimasen pertinente.

4. El recurrente no ha presentado alegaciones adicionales a las formuladas en la demanda de amparo.

Por escrito registrado el 16 de mayo de 2018, el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones, en las que interesa la desestimación de la pretensión cautelar planteada. Considera

que estimar procedente la medida cautelar solicitada implicaría una suspensión parcial del sentido denegatorio de las resoluciones judiciales cuestionadas en el recurso de amparo. En tal medida, tras recoger la jurisprudencia de este Tribunal sobre el contenido y criterios de aplicación del art. 56 LOTC, destacando su carácter excepcional que impone su aplicación restrictiva, señala que, por su contenido, la medida cautelar pretendida transmuta el objeto a enjuiciar y decidir en el presente incidente, que ya no se refiere a los efectos que sobre los derechos fundamentales alegados produce la denegación del permiso penitenciario solicitado y su necesidad de protección, sino a la legitimidad constitucional de una investidura a distancia de naturaleza telemática o no presencial, lo que excede del limitado ámbito que corresponde a una decisión cautelar provisoria característica de este incidente. Recuerda el Ministerio Fiscal que la cuestión así planteada se encuentra en la actualidad sometida a enjuiciamiento constitucional y pendiente de resolución en dos procesos constitucionales ya admitidos a trámite: el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 2533-2018 que impugna determinados aspectos de la Ley del Parlamento de Cataluña, 2/2018, de 8 de mayo, de Presidencia de la Generalidad y del Gobierno. Añade que, en ambos procesos constitucionales, ex art. 161.2 CE, se ha acordado la suspensión de las resoluciones cuestionadas, por lo que si se accediera a la pretensión cautelar formulada se estaría contradiciendo el sentido de aquellas decisiones de suspensión y anticipando el criterio resolutorio de fondo de dichos procesos, sin escuchar antes las alegaciones que puedan formular todos los concernidos.

A lo expuesto suma una consideración adicional según la cual resulta notorio que el recurrente no es en el momento actual candidato a presidir el Gobierno de la Generalitat, por lo que su pretensión cautelar ha perdido actualidad y sentido, lo que permite apreciar que no concurren motivos que justifiquen la adopción de la medida cautelar solicitada ni de ninguna otra pretensión similar. Según alega, no existe riesgo de que el amparo solicitado pierda su finalidad en caso de ser estimado, siendo meramente hipotético y futuro el riesgo alegado, lo que no justifica un pronunciamiento de fondo sobre una protección cautelar que no es necesaria.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como con más detalle hemos expuesto en los antecedentes, el demandante reclama, hasta la resolución de su recurso de amparo, la protección cautelar de su derecho a ejercer, con los requisitos que señalen las leyes, las funciones anejas al cargo público representativo que, como diputado, obtuvo en las pasadas elecciones autonómicas al Parlamento de Cataluña (art.

23.2 CE). Según alega, el derecho invocado se habría visto indebidamente limitado por el Auto de 9 de marzo de 2018, dictado por el Magistrado Instructor de la causa penal en la que se encuentra en situación de prisión preventiva, tras imputársele la comisión de un delito de rebelión del art. 472 y concordantes del Código penal, mediante el que acordó no conceder al demandante un permiso extraordinario penitenciario para asistir a defender presencialmente ante el Parlamento de Cataluña su propia investidura como candidato a Presidente de la Generalitat.

La pretensión cautelar formulada se concreta en que este Tribunal autorice la posibilidad de defender su candidatura a la Presidencia de la Generalitat de forma no presencial, a través de una videoconferencia desde el centro penitenciario o desde una sede judicial. Considera que el propuesto es un medio idóneo para el ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia y que haría compatible dicho ejercicio con los legítimos derechos de los restantes diputados del Parlamento de Cataluña y con los intereses que se pretende proteger en las resoluciones cuestionadas en este proceso de amparo.

Admitido a trámite el recurso tras apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)], descartada la adopción *inaudita parte* de medidas cautelares al no apreciar la urgencia excepcional alegada, y una vez oído el Ministerio Fiscal, debe resolverse ahora la solicitud cautelar que ha sido formulada al amparo de lo previsto en el art. 56 LOTC.

2. A tenor de la jurisprudencia constitucional establecida de forma constante e indubitada en relación con la citada previsión legal, la respuesta a la pretensión cautelar planteada debe sustentarse en las siguientes consideraciones generales:

a) Nuestro sistema de justicia constitucional contempla la posibilidad de que este Tribunal adopte cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad (art. 56.3 LOTC). Esta facultad, al igual que la suspensión de la ejecución del acto o resolución cuestionado, se sustenta en la necesidad de asegurar la efectividad de la futura sentencia, esto es, de preservar la integridad del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia, en tanto en cuanto se alegue razonadamente que dicha ejecución, o la omisión de cualquier medida alternativa coherente con dicha finalidad, pudiera ocasionar de manera irreversible, o difícilmente reparable, un perjuicio que hiciese perder al amparo su finalidad (ATC 111/2011, de 11 de julio).

b) Sin embargo –como advertimos en el ATC 189/2015, de 5 de noviembre– lo anterior no debe hacer olvidar que la mera interposición de un recurso de amparo no obsta a la vigencia, efectividad o ejecutoriedad de las disposiciones generales, actos administrativos o resoluciones judiciales que sean objeto de impugnación. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece como principio general que “la interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados” (art. 56.1), lo cual es consecuencia de la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos, presunción que es inherente a la entera actividad pública, ya sea legislativa, ejecutiva o judicial (por todos, ATC 117/2015, de 6 de julio).

Así, hemos reiterado que este carácter restrictivo deriva de la necesidad de preservar el interés general, de la garantía de la efectividad de las decisiones de los poderes públicos, y del aseguramiento de la ejecución de las resoluciones dictadas por jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3 CE (en este sentido, entre otros muchos, se pronuncian los AATC 2/2001, de 15 de enero; 4/2006, de 16 de enero, y 127/2010, de 4 de octubre). La regla general es, por tanto, que no procede la suspensión de los efectos de los actos o resoluciones judiciales impugnadas, en particular, en lo que hace a estas últimas, porque tal suspensión acarrea la perturbación de la función jurisdiccional, y supone una injerencia de la jurisdicción constitucional en las decisiones adoptadas por la jurisdicción ordinaria que, pese a poder estar justificada, ha de ser abordada con suma cautela, caso a caso, para evitar que este Tribunal desempeñe funciones que le están constitucionalmente vedadas, por ser propias de la jurisdicción ordinaria (ATC 38/2018, de 22 de marzo).

c) En todo caso, la perspectiva única que ha de ser tenida en cuenta para decidir sobre cualquier pretensión cautelar formulada en el proceso de amparo ha de ser el de la preservación de la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio, sin prejuzgar cuál haya de ser el sentido de la futura sentencia que le ponga fin (por todos, AATC 64/1990, de 30 de enero, y 319/2003, de 13 de octubre); previsión tanto más difícil en cuanto el recurso de amparo –como ocurre en el caso presente– verse sobre aspectos o facetas del derecho fundamental invocado acerca de los cuales el Tribunal no ha tenido aún ocasión de pronunciarse. En tal medida, “no procede en este incidente examinar ni la concurrencia ni la ausencia de apariencia de buen derecho” de la pretensión de amparo formulada, criterio éste del que no se vale la regulación del art. 56 LOTC para conceder o denegar la protección cautelar pretendida (AATC 187/2003, de 2 de junio y 258/1996, de 24 de septiembre). Específicamente, hemos establecido ya como criterio que, en el caso de que la decisión judicial cuestionada en el proceso de amparo sea o traiga causa, a su vez,

de una medida cautelar privativa de libertad, no es posible dejar la misma sin efecto acordando cautelarmente su suspensión o medida equivalente pues, en tales casos, acceder a la solicitud equivaldría a un otorgamiento anticipado del amparo solicitado (AATC 22/2018, de 7 de marzo; 4/2006, de 17 de enero; y 202/1999, de 22 de julio). Por ello, hemos reiterado también que en este trámite procesal no puede efectuarse el análisis de la cuestión de fondo, ni cabe cuestionar las bases fácticas que la sustentan, ni tampoco anticipar indebidamente lo que debe ser resuelto en la oportuna sentencia (AATC 703/1988, de 6 de junio; 54/1989, de 31 de enero; 493/1989, de 16 de octubre; 281/1997, de 21 de julio; y 46/1998, de 24 de febrero).

d) Por último, la protección cautelar que puede otorgar este Tribunal encuentra un límite adicional en el propio art. 56.2 LOTC, pues –según señala– no puede ocasionar “perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni tampoco a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

3. Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que han concurrido circunstancias sobrevenidas después de la admisión a trámite del presente recurso de amparo –singularmente, la convocatoria de un nuevo debate parlamentario y la investidura por el Parlamento, el pasado 14 de mayo de 2018, del diputado don Joaquim Torra Pla como Presidente de la Generalitat de Cataluña– que permiten apreciar fundadamente que, en el momento presente, dado el objeto de la pretensión de amparo, no existe riesgo real, sino hipotético y futuro, de un perjuicio irreversible o difícilmente reparable que le haga perder su finalidad en caso de una eventual estimación, por lo que no existen razones de urgencia que justifiquen la adopción de la medida cautelar específica propuesta por el demandante.

Apreciamos sin embargo que –con ser ciertas– las circunstancias sobrevenidas alegadas no constituyen un obstáculo insalvable que impida a este Tribunal realizar un pronunciamiento de fondo sobre la protección cautelar solicitada. Tal y como el propio Ministerio Fiscal expone en sus alegaciones, la medida cautelar propuesta por el demandante como medio de protección de los derechos fundamentales alegados en este proceso de amparo se apoya en un presupuesto – la legitimidad constitucional de la investidura no presencial del candidato a Presidente de la Generalitat– que ha sido cuestionado en otros procesos constitucionales admitidos a trámite por este Tribunal, que se encuentran pendientes de desarrollo y resolución. En tal medida, esta circunstancia, por su novedad, justifica que nuestro examen no se detenga en el de la alegada innecesariedad de la medida cautelar solicitada, sino que se extienda al análisis de esta cuestión, que también ha sido alegada por el Ministerio Fiscal como fundamento de su propuesta de desestimación.

4. Una vez hechas las anteriores consideraciones, es posible concluir que, en el caso presente, la aplicación de los criterios legales y jurisprudenciales reseñados sobre la protección cautelar que puede ser otorgada en el proceso de amparo conduce a desestimar la concreta medida cautelar que ha sido solicitada, tanto en atención a la naturaleza de las resoluciones judiciales que pueden resultar afectadas, como al contenido mismo de la medida cautelar pretendida. Tal conclusión se apoya en las siguientes razones esenciales, valoradas todas ellas de forma conjunta para la mejor adopción de la decisión procedente:

a) Las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente proceso de amparo, al tiempo que mantenían la situación cautelar de prisión provisional del recurrente, justifican la denegación del permiso extraordinario solicitado en un pronóstico individual de riesgo de reiteración delictiva. Ese mismo pronóstico es también el fundamento de su privación cautelar de libertad en la causa penal que contra el demandante se sigue. En el Auto de 9 de marzo de 2018 (FJ 15), el Magistrado Instructor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que, visto el contenido de los hechos punibles y la participación en los mismos que indiciariamente se le imputa al recurrente, el ejercicio de la concreta facultad de participación política representativa que sustentaba la petición del permiso penitenciario podía favorecer objetivamente la reiteración delictiva que trataba de conjurar con la prisión provisional decretada.

De esta forma, acceder a la medida cautelar solicitada no solo cuestionaría de forma anticipada –y por tanto indebida– la existencia misma de dicho riesgo y la razonabilidad de dicho juicio, sino también la legitimidad de la propia privación cautelar de libertad que justifica; cuestión esta última que no es objeto del presente proceso de amparo y que se halla sometida a impugnación en el recurso de amparo núm. 2226-2018, presentado por el propio recurrente y ya admitido a trámite, en cuya resolución de fondo, como regla general, no cabe adelantarse ni interferir a través de la protección cautelar que ha sido solicitada.

b) A su vez, el contenido mismo de la medida cautelar propuesta por el demandante trasciende al objeto del propio proceso de amparo, pues con ella no se pretende la suspensión de la decisión denegatoria y su sustitución por otra que autorice la excarcelación temporal, sino que se solicita de este Tribunal que autorice la participación no presencial del demandante –por videoconferencia– en el debate de investidura como candidato a Presidente de la Generalitat.

Dicha pretensión –que, en opinión del Ministerio Fiscal, transmuta el objeto del proceso de amparo– se apoya como presupuesto en la legitimidad material de tal investidura no presencial,

presupuesto cuya inconstitucionalidad ha sido alegada en otros procesos constitucionales recientemente admitidos a trámite que se hallan pendientes de resolución.

En efecto, tanto en el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018, como en el más reciente recurso de inconstitucionalidad núm. 2533-2018, promovidos ambos por el Gobierno de la Nación, las impugnaciones planteadas tienen como objeto nuclear la adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a la Ley, de la posibilidad de que el debate de investidura del Presidente de la Generalitat de Cataluña se celebre sin la presencia o sin la intervención del candidato o candidata, que en tal caso podría presentar el programa y solicitar la confianza de la Cámara por escrito o por cualquier otro medio que reglamentariamente se previera. La admisión a trámite de ambos procesos constitucionales ha dado lugar a la suspensión cautelar de sendas resoluciones del Presidente del Parlamento de Cataluña de proposición de candidato para la investidura como Presidente de la Generalitat y de convocatoria de sesión plenaria al efecto, y también a la suspensión de la Ley 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno.

En consecuencia, constatamos de nuevo que acordar en este incidente la medida cautelar propuesta supondría interferir anticipada y eventualmente sobre el objeto de pretensiones planteadas ante este Tribunal en sendas impugnaciones que, en representación del Gobierno de la Nación, fueron presentadas en relación con dicha modalidad pretendida de investidura no presencial; impugnaciones que solo pueden ser abordadas y resueltas fundadamente una vez oídas las partes legitimadas para participar en dichos procesos constitucionales.

c) Por último, nuestra decisión desestimatoria se apoya en una argumentación adicional que no puede dejar de ser tomada en consideración: al fundamentar la impugnación de la investidura no presencial que ahora se propone como remedio, se ha alegado ante este Tribunal la eventual vulneración del *ius in officium* del resto de parlamentarios que integran la Cámara autonómica pues, según se afirma, a través de una investidura no presencial podrían ver limitados sus derechos de debate. En consecuencia, en este momento procesal no cabe descartar que la medida cautelar propuesta incida negativamente sobre el contenido de los derechos fundamentales de terceros, lo que, como antes expusimos, constituye un límite legal explícito de la protección cautelar que este Tribunal puede otorgar.

5. Afirma el recurrente en favor de su pretensión que acordar la medida cautelar que propone supondría, a su vez, actuar de conformidad con las medidas cautelares adoptadas por el

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su resolución de 23 de marzo de 2018, copia de la cual acompañó con la demanda de amparo. En la citada comunicación, al informar al demandante de que su denuncia, presentada dos días antes, había quedado registrada –sin que ello suponga haber adoptado una decisión sobre su admisibilidad ni sobre el fondo de la queja, planteada ante el Comité, en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966–, se le informó también de que el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, actuando en nombre del Comité, había solicitado al Reino de España, a través de su Representante Permanente, que adoptase todas las medidas que fueran necesarias para asegurar que el Sr. Sánchez i Picanyol pudiera ejercer sus derechos políticos de conformidad con el art. 25 del citado Pacto.

En los términos en los que ha sido planteada, la alegación carece de todo fundamento. Sin que sea este el lugar para analizar detenidamente la naturaleza de la mencionada comunicación, atendiendo al momento de tramitación en que ha sido adoptada en nombre del Comité, ni tampoco el grado de vinculación jurídica que expresa, basta reparar en el carácter genérico de su contenido para rechazar la relación que establece el demandante entre dicha comunicación y el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

En el caso presente, en el proceso principal del que esta pieza separada forma parte, se ha denunciado la vulneración del derecho del demandante a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, derecho que incluye el de ejercer las funciones anejas al cargo público representativo que, como diputado, obtuvo el demandante en las pasadas elecciones autonómicas al Parlamento de Cataluña (art. 23.2 CE). El contenido de este derecho, con una formulación equivalente, viene recogido en el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que garantiza que el derecho no pueda ser objeto de “restricciones indebidas”.

En este recurso, el contenido del derecho a ejercer el cargo público representativo obtenido y las limitaciones que, indefectiblemente, derivan de su situación cautelar de privación de libertad son, justamente, el objeto de la pretensión principal de amparo, en cuanto el demandante afirma que las que han sido acordadas por el Tribunal Supremo en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras imputarle su participación en la comisión de un delito grave y decretar su prisión provisional, son indebidas, no están previstas por la ley y han sido adoptadas de forma desproporcionada y sin justificación legítima suficiente.

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. Pero, precisamente, por ser objeto de este proceso de amparo tanto la adecuación a la ley de tal limitación judicialmente acordada, como el cumplimiento de un fin legítimo y el examen de su proporcionalidad, su resolución anticipada no puede pretenderse en este incidente cautelar, debiendo ser abordada al resolver sobre el fondo de su queja.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Denegar la petición de medida cautelar formulada por el demandante de amparo.

Madrid, a veintidós de mayo de dos mil dieciocho.