

**Voto particular que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avogado núm. 2226-2018.**

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.

El presente recurso de amparo avogado plantea de nuevo la cuestión de la afectación al derecho de representación política de un diputado autonómico por la adopción de una decisión de mantenimiento de su situación de prisión provisional. Por tanto, su objeto es similar al de la STC 155/2019, de 28 de noviembre, respecto de la que ya formulamos un voto particular en cuyo apartado I desarrollamos los aspectos constitucionales que considerábamos relevantes para resolver los supuestos de prisión provisional de miembros de las cámaras legislativas autonómicas desde la perspectiva del art. 23 CE. Para evitar reiteraciones, nos remitimos íntegramente a lo allí afirmando y nos limitaremos en el presente voto particular a exponer las razones por las que consideramos que en este caso tampoco la decisión de mantener la situación de prisión provisional del recurrente ha respondido a la ponderación constitucionalmente requerida por el derecho a la representación política.

1. *El juicio de proporcionalidad realizado en el auto de instancia en relación con el derecho de representación política:* El auto del magistrado-instructor de 6 de febrero de 2018 tenía por objeto pronunciarse sobre la modificación de la medida cautelar de prisión provisional que venía cumpliendo el recurrente y que este había solicitado alegando, entre otras razones, su condición de diputado electo del Parlamento de Cataluña por la circunscripción de Barcelona proclamada por la Junta Electoral Provincial de Barcelona en sesión de 27 de diciembre de 2017 (BOPC núm. 1, de 19 de enero de 2018), como consecuencia de las elecciones autonómicas celebrados el 21 de diciembre de 2017, a los que había concurrido como el segundo titular de la candidatura de Junts per Catalunya (JUNTSxCAT) por dicha circunscripción.

Este auto no contiene ningún análisis específico sobre la afectación al derecho de representación política del recurrente derivada de su acceso a la condición de diputado autonómico, quedando limitado su análisis a insistir en la existencia de indicios racionales de criminalidad contra el recurrente (fundamento de derecho primero) y la persistencia de un riesgo de reiteración delictiva como fin constitucionalmente legitimador de la medida cautelar (fundamento de derecho segundo). De hecho, la única referencia que en este auto se hace de manera velada al acceso a la condición de diputado autonómico del recurrente lo es a los efectos de poner de manifiesto que aquella supone una confirmación del riesgo de reiteración delictiva. Así, se afirma en este auto que “como ya ha ocurrido con el resto de investigados, el solicitante mantiene su ideario soberanista, lo que resulta constitucionalmente válido, pero imposibilita el convencimiento de imposible reiteración delictiva que se tendría respecto de quien profese la ideología contraria. Pero a diferencia de algunos investigados, el Sr. Sánchez, no sólo no ha renunciado a una actividad pública que -desde diversos frentes- ha servido de instrumento para la ejecución de los hechos, sino que ha revalidado su compromiso integrándose en una candidatura que proclama el objetivo de restablecer la dinámica política que condujo a las actuaciones de las que nacen las responsabilidades que este proceso penal contempla y que desembocó en la aplicación del artículo 155 de la CE”(fundamento de derecho segundo).

Podría considerarse que este razonamiento incide implícitamente 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 que es el ejercicio de su función como diputado. Sin embargo, más allá de esta referencia, se omite cualquier consideración que pudiera entenderse como constitutiva del necesario juicio de proporcionalidad exigido por la invocación del 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.

*2. 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 20 de marzo de 2018, en respuesta a la invocación de los derechos a la libertad ideológica y de representación política de quien ya era un diputado autonómico que incluso había sido propuesto por el presidente del Parlamento de Cataluña como candidato a la presidencia de la Generalitat el 6 de marzo de 2018, quedó limitada a la siguiente referencia contenida en su fundamento jurídico cuarto: “Por lo que se refiere a los derechos a la libertad ideológica y a la participación en asuntos públicos no hay vulneración alguna. No existen presos políticos en esta causa, sino políticos que están presos por haber cometido indiciariamente delitos gravísimos de rebelión y sedición entre otros, donde, no existiendo víctimas individualizadas, son atacados los bienes jurídicos colectivos protegidos. Pretendían, con violencia, absolutamente imprescindible para consumir sus propósitos de sustitución de la legalidad constitucional por otra distinta y espuria, segregar de España una parte de su territorio. Y ese es un gravísimo delito contra la CE”; añadiendo que “en el reciente Auto de esta Sala de 14.2.2018, que ha rechazado promover una cuestión prejudicial europea sobre los artículos 47 y 48 del RP y su forma de interpretarlos por el auto del Instructor de 14.12.2017, hemos resaltado el carácter respetuoso de esa resolución con los derechos de participación en asuntos públicos del recurrente preso, de acuerdo con las limitaciones implícitas que cada Estado puede modular de conformidad con el artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Libertades públicas, dado que el derecho de representación que se le reconoce no hace perder efectividad a la participación democrática ni modifica la aritmética parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma”.

Estos razonamientos no satisfacen tampoco 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, ya que la mera referencia a la efectiva participación democrática, que parece vinculada en esa argumentación a la posibilidad de haberse presentado como candidato a las elecciones, y a que no se modifica la aritmética parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, no se extienden a la cuestión concretamente planteada sobre la adopción de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que permitieran al recurrente hacer efectivo el ejercicio de su *ius in officium* como diputado autonómico mientras se mantenía su sometimiento a un proceso penal en el que todavía no había sido condenado y que forma también parte del necesario juicio de proporcionalidad cuando es invocado el derecho de representación política en supuestos como el presente.

3. *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 intérprete 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 ya se fueron desgranando en la primera parte del voto particular formulado a la ya citada STC 155/2019. 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, el recurrente era un diputado autonómico 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 que, como ya se ha señalado, incluso había sido propuesto por el presidente del Parlamento de Cataluña como 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 magistrado-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. 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 y que el recurrente había renunciado a la presidencia de la Asamblea Nacional Catalana, que era el cargo al que en buena medida se había vinculado 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 constrictión 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, como ya sucediera en relación con la citada STC 155/2019, 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 entonces investigado. 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 especialmente en el voto particular que sirve de antecedente a este, 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 quince de enero de dos mil veinte.