

**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. 2327-2018.**

Con el máximo respeto a nuestros compañeros del Tribunal, 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), a causa de no haberse realizado la ponderación requerida por la afectación de este derecho.

El presente recurso de amparo avocado por el Pleno plantea de nuevo la cuestión de la afectación al derecho de representación política de un diputado autonómico en situación de prisión preventiva por la adopción de una decisión denegatoria de un permiso de salida para ejercer de manera presencial en la sede parlamentaria concretas funciones propias del cargo de diputado. Por tanto, su objeto es similar al de la STC 4/2020, de 15 de enero, en que se desestimó el recurso de amparo planteado por otro diputado autonómico, también en situación de prisión preventiva, por la negativa a concederle un permiso penitenciario para acudir personalmente a la sede parlamentaria de defender e intervenir en el debate sobre su propia investidura como presidente de la Generalidad de Cataluña, respecto de la que ya se formuló un voto particular.

Igualmente, su objeto está también íntimamente conectado con el resuelto en la STC 155/2019, de 28 de noviembre, en que se desestimó el recurso de amparo interpuesto por el ahora demandante de amparo contra la decisión de mantenimiento de su situación de prisión provisional cuando ya había accedido a la condición de diputado electo al Parlamento de Cataluña, en la que, igualmente, se formuló voto particular. En este último voto particular se desarrollaron (apartado I) 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 y que, *mutatis mutandis*, son también de aplicación al presente recurso en la medida en que se trata de una decisión que sigue afectando a la situación de privación de libertad de un diputado autonómico que le impide el ejercicio de su derecho de representación política. Nos remitimos a lo allí afirmado y nos limitaremos en el presente voto particular a exponer las razones por las que consideramos que en este caso tampoco la decisión de denegar al recurrente el permiso para acudir a la sesión constitutiva de la XII Legislatura y a la sesión de investidura del presidente

de la Generalitat de Catalunya ha respondido a la ponderación constitucionalmente requerida por el derecho a la representación política.

1. *El juicio de proporcionalidad realizado en las resoluciones judiciales impugnadas:* Las resoluciones judiciales impugnadas tenían como objeto resolver sobre la solicitud del recurrente, diputado electo del Parlamento de Catalunya en situación de prisión provisional, de que se autorizara su asistencia a la sesión de constitución del Parlamento en su XII Legislatura, así como a una posterior sesión de investidura del presidente de la Generalitat de Catalunya.

La denegación de esta solicitud se fundamentó en la necesidad de evitar una actualización del riesgo de reiteración delictiva y de alteración de la convivencia ciudadana con las posibles movilizaciones que podrían desarrollarse con motivo de la salida del centro penitenciario. La incompatibilidad entre esta finalidad y la concesión de la salida del centro penitenciario solicitada aparece justificada en las resoluciones impugnadas en el comportamiento del demandante de amparo, que había dado lugar a su situación de prisión preventiva, consistente en (i) desobedecer las órdenes judiciales que se le había dirigido; (ii) llamar a la ciudadanía a esa desobediencia; (iii) impulsar que importantes sectores de la población resistieran o se enfrentaran a la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; y (iv) jactarse explícitamente en la determinación y perseverancia de su actuación, así como en no someterse a las normas básicas de convivencia, apelando a la ruptura del Estado. Los órganos judiciales afirman la subsistencia actual de ese riesgo de reiteración delictiva con fundamento en que (i) existe un extendido apoyo social a los investigados que han huido de la justicia y (ii) en que se han impulsado movilizaciones de decenas de miles de ciudadanos que rechazan explícitamente las medidas cautelares de prisión provisional adoptadas para parte de los investigados.

En las resoluciones judiciales impugnadas también se atiende al propósito de que la privación de libertad en la que se encuentran algunos de los investigados, incluyendo al ahora demandante, no suponga una alteración de la aritmética parlamentaria configurada por la voluntad de las urnas, aludiendo a la existencia de instrumentos parlamentarios tendentes a posibilitar, por ejemplo, la delegación de voto.

2. *Aspectos constitucionalmente relevantes del juicio de proporcionalidad:* 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 plena jurisdicción para establecer el parámetro de protección de ese derecho. De este modo, parece adecuado incluir una reflexión sobre los diversos criterios o elementos constitucionalmente relevantes que deberían haber estado presentes al realizar el necesario juicio de proporcionalidad y que se analizaron en la primera parte del voto particular formulado en la 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 y la producción de eventuales alteraciones de la normal convivencia ciudadana.

El derecho fundamental de representación política 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, justificadas precisamente porque su sacrificio supone una efectiva y real incidencia en el ejercicio del derecho.

(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 su condición de presidente de un partido político y candidato a la presidencia de la Generalidad.

También es de destacar que la decisión judicial controvertida impidió al demandante de amparo acudir a la sesión constitutiva del Parlamento de Cataluña de la XII Legislatura, en donde, bajo la presidencia de la Mesa de Edad, se procedía a la elección de los miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña (art. 2 RPC); y a la sesión de investidura del presidente de la Generalitat de Cataluña, en cuyo marco se decide sobre el otorgamiento de la confianza a uno de los diputados para ejercer la presidencia del Ejecutivo autonómico tras exponer este su programa de gobierno (art. 149 RPC). Es altamente relevante que se esté en presencia de dos actos especialmente cualificados y de la más elevada significación en el normal desarrollo de una democracia parlamentaria, los cuales, además, tienen carácter singular, ya que las cámaras se constituyen una sola vez por legislatura y la sesión de investidura solo tiene lugar con la elección del presidente del Ejecutivo.

(iii) La justificación de la limitación del derecho de representación política del recurrente: como se ha dicho, los fines justificativos que se han considerado prevalentes para sacrificar determinadas manifestaciones de este derecho del recurrente al adoptar la decisión judicial controvertida ha sido la de enervar los riesgos de reiteración delictiva y prevenir la producción de eventuales alteraciones de la normal convivencia ciudadana que podrían tener lugar en caso de concederse el permiso penitenciario.

a) La circunstancia de que la puntual conducción del demandante de amparo a la sede del Parlamento de Cataluña para asistir a unas concretas y singulares sesiones parlamentarias pudiera suponer una actualización de los riesgos de reiteración delictiva que justificaron la adopción de la prisión preventiva –y, por tanto, que pueda ahora ser utilizada también como un elemento de denegación de la salida del centro penitenciario– debe ponerse en relación con el hecho de que, si bien la finalidad de evitar ese riesgo es un fin constitucionalmente relevante para la adopción de una medida limitativa de la libertad personal, el derecho fundamental que ahora se estaba ponderando es el de representación política. La Sala de Recursos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al confirmar la decisión del mantenimiento de la situación de prisión preventiva del demandante de amparo en su auto de 5 de enero de 2018, a los efectos de ponderar la incidencia de esta medida cautelar en el derecho de representación política, afirmó que “la existencia de una causa penal no es incompatible de forma absoluta con el ejercicio del derecho de participación política, aunque en algunos aspectos puede suponer limitaciones” y que la perspectiva de “la proporcionalidad de la medida en relación con el derecho alegado” pueda “ser

tenida en cuenta por el 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” (razonamiento jurídico quinto).

Este Tribunal, en la citada STC 155/2019, otorga una especial relevancia para superar el juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que en el derecho a la representación política tiene la decisión del mantenimiento en prisión provisional del demandante de amparo a la circunstancia de que “al ponderar la incidencia de la prisión provisional en el ejercicio del derecho del recurrente al acceso al cargo público, la Sala [Segunda del Tribunal Supremo] ha tomado en consideración que ha concurrido como candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña y que ha resultado elegido. Afirmada su condición de electo, no descarta la posibilidad de que por parte del magistrado instructor se lleguen a adoptar las decisiones pertinentes, en función de las concretas circunstancias que puedan presentarse en momentos puntuales, para garantizar la proporcionalidad de la injerencia de la medida cautelar de prisión en el ejercicio del cargo al que ha accedido. De modo que no cabría excluir, en principio, que concurriendo esos requisitos se pudieran tomar en determinados momentos medidas que pudieran llegar a remover o paliar los obstáculos que por su situación de prisión impiden y dificultan al recurrente el ejercicio de las funciones de diputado” (FJ 16).

Por tanto, la existencia del riesgo de reiteración delictiva fue considerada en su momento por estos mismos órganos judiciales como justificativa de la decisión de prisión preventiva, pero no impeditiva de que pudieran adoptarse medidas penitenciarias para hacer efectivo en momentos puntuales el ejercicio del derecho a la representación política. Eso excluye que pueda ser considerado como suficiente el argumento vinculado a las limitaciones derivadas de la situación de prisión provisional desde el punto de vista de los requisitos de motivación exigible en este tipo de resoluciones sobre medidas penitenciarias facilitadoras del derecho de representación política, pues es un argumento que no discrimina suficientemente si se trata de un riesgo que, una vez neutralizado a través de la situación de prisión provisional a la que está sujeta el demandante, puede enervarse o no, como la Sala había considerado, con la adopción, en su caso, de las cautelas adicionales de control que se estimen necesarias durante las conducciones que pudieran acordarse.

b) La circunstancia de que la conducción y asistencia del demandante de amparo a unas concretas sesiones del Parlamento de Cataluña pudiera suponer una grave alteración de la

convivencia ciudadana a consecuencia de las posibles movilizaciones que podrían desarrollarse con este motivo tampoco puede considerarse como un elemento que en el juicio de proporcionalidad se impone de manera concluyente al derecho de representación política del recurrente y al principio democrático con el que necesariamente está conectado y excluye por sí la consideración de posibles alternativas en consecución de un equilibrio entre todos los intereses en conflicto.

El juicio sobre los hechos que dan lugar a la valoración de la concurrencia de un determinado interés de relevancia constitucional que justifique la limitación de un derecho fundamental es, con carácter general, una labor que corresponde efectuar a los órganos judiciales, respecto de los que la jurisdicción constitucional de amparo debe limitarse a efectuar un control externo. A esos efectos de control externo, se observa que, en el presente caso, la afirmación de la posibilidad de que la concesión de la autorización instada por el recurrente y las conducciones que esto comportaría entre el centro penitenciario y el Parlamento de Cataluña pudieran suponer una alteración de la seguridad pública de tan extraordinaria magnitud como para justificar una privación al demandante del ejercicio de su función representativa en actos que, como se ha visto, son de una trascendencia y singularidad especial en el orden parlamentario, se fundamenta en evidencias de hechos que o bien (i) han acontecido en un contexto político jurídico diferente al del momento en que se dictaron las resoluciones ahora impugnadas o bien (ii), con posterioridad, no han evidenciado supuestos de alteración de tal relevancia como para justificar una medida restrictiva del derecho de representación política de estas características sin posibilitar alternativas más equilibradas.

La resolución de instancia encuentra la evidencia para afirmar la real y efectiva existencia de un riesgo de graves alteraciones del orden público y la convivencia ciudadana en caso de la puntual salida del centro penitenciario del recurrente, por una parte, en la conducta desarrollada por el demandante respecto de los hechos acontecidos que han dado lugar a la incoación del proceso penal y, por otro, en que, atendiendo a una conducta caracterizada por desatender cuantas órdenes judiciales se han dirigido a los investigados y llamar a la ciudadanía a replicar masivamente su desobediencia, subsiste un sustrato de riesgo “tanto por un extendido apoyo social a los investigados que han huido del ejercicio jurisdiccional de este instructor, como por haberse impulsado movilizaciones de decenas de miles de ciudadanos que rechazan explícitamente las medidas cautelares adoptadas en este proceso”.

Por su parte, en la resolución de apelación, se insiste en que el demandante instrumentalizó el ejercicio de su derecho a la representación política para realizar los presuntos graves delitos que ahora se le imputan y que los supuestos hechos delictivos fueron cometidos de una manera dilatada en el tiempo mediante un incumplimiento permanente, reiterado y público de las normas más elementales del ordenamiento jurídico y de las decisiones de los tribunales, concluyendo de ello que resulta proporcionado “no permitir el retorno del recurrente al escenario donde se perpetraron los hechos presuntamente delictivos, para que pueda operar con los mismos instrumentos jurídicos que en su día, indiciariamente, utilizó para combatir el Estado de Derecho y vulnerar la norma constitucional que legitimaba su nombramiento como diputado electo del Parlamento de Cataluña. Unos permisos penitenciarios como los que se solicitan pondrían en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico en el contexto social y político en el que actuó el investigado, y alterarían muy probablemente la convivencia ciudadana con posibles movilizaciones orientadas a una fragmentación social y a un encrespamiento de la ciudadanía” (fundamento de Derecho cuarto).

En relación con los altercados violentos a los que se refieren las resoluciones impugnadas –que son los que estarían dando lugar a considerar indiciariamente la comisión de los delitos que han justificado la prisión preventiva– y con la utilización del demandante de amparo de su condición de representante político para su comisión, se advierte que no parece haberse ponderado de manera adecuada que en el momento temporal al que se acotaba la salida del centro penitenciario el demandante ya no ostentaba ningún cargo ejecutivo en la Generalitat y persistía todavía la aplicación del art. 155 CE, que entró en vigor el 27 de octubre de 2017 y se extendía hasta la conformación de un nuevo Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

c) Ciertamente, es posible considerar que los órganos judiciales no hayan tomado como elemento determinante el contexto jurídico-político en el momento en que se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas, sino el riesgo de que este contexto, por las razones expuestas en su razonamiento, pudiera reproducirse con la salida del centro penitenciario del demandante de amparo. Igualmente, también puede ser que no fuera un dato irrelevante la proximidad de fechas entre la decisión de adopción de la medida cautelar de prisión preventiva del recurrente con fundamento en el riesgo de reiteración delictiva y las ahora recurridas en amparo. Del mismo modo, es posible ser receptivo a que las conductas delictuales por las que el recurrente en amparo estaba en aquel momento siendo investigado las hubiera cometido tanto en el ejercicio de su condición de vicepresidente del Gobierno como en su actuación como miembro de la Cámara.

No obstante, en relación con la posible capacidad del demandante de amparo de alteración de la convivencia ciudadana y desobediencia a los mandatos jurisdiccionales mostrada cuando era vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y con la circunstancia de que en ese momento la competencia de seguridad y orden público era ejercida por el ejecutivo de la Generalitat, no cabe desconocer que (i) el demandante de amparo solicitaba la autorización exclusivamente para el ejercicio del cargo de diputado pero, además, lo hacía en relación con unas concretas sesiones parlamentarias cuyo objeto institucional –constitución de la Cámara y la elección del Presidente y de los demás miembros de la Mesa y asistencia a la sesión de investidura– no parece que resultaran adecuadas para la eventual reiteración de las conductas por las que estaba siendo investigado; y (ii) la competencia en materia de seguridad y orden público, en la que se residenciaba la responsabilidad última de que no se produjera ninguna grave alteración de la convivencia ciudadana que se intentaba prevenir denegando la salida del centro penitenciario solicitada, dependía de manera directa e incontrovertible del Gobierno de la Nación por la aplicación del art. 155 CE.

Todas estas circunstancias no se reflejan en la ponderación efectuada por las resoluciones impugnadas para valorar y contextualizar la probabilidad real de actualización de los riesgos en que fundamentar una decisión de la trascendencia subjetiva para el recurrente y sustancial para el normal desarrollo de la democracia parlamentaria en la Comunidad Autónoma de Cataluña como la controvertida en este recurso de amparo o, al menos, para posibilitar una alternativa más equilibrada de todos los intereses en conflicto.

(iv) 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 consistía en valorar solo si la denegación del permiso solicitado era necesaria en interés de la protección de bienes jurídicos que podían ser objeto de lesión en caso de reiteración delictiva o de alteración de la normal convivencia ciudadana, sino también el de analizar 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 la decisión de denegar el permiso de salida, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente.



Así, en relación con los riesgos que podían derivarse del traslado del demandante de amparo a la sede del Parlamento de Cataluña desde el centro penitenciario donde cumplía la medida cautelar para que pudiera participar en las sesiones constitutiva y de investidura, no cabe desconocer la posibilidad de ponderar la adopción de otras posibles medidas alternativas o complementarias capaces de evitar o disminuir estos riesgos, como son las relativas tanto al momento y la forma de las conducciones del demandante para posibilitar el ejercicio de su función parlamentaria a través, en su caso, del despliegue de dispositivos preventivos articulados para enervar los riesgos sopesados en las resoluciones judiciales impugnadas, teniendo en cuenta la esencial consideración de que, en aquel momento, tanto las funciones como la dirección personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tanto del Estado como de la Comunidad Autónoma eran ejercidas por el Gobierno de la Nación. Es también de destacar que, con carácter previo a la denegación de la solicitud del recurrente con fundamento en este riesgo de alteración, no se hubieran instado de los órganos competentes en materia de seguridad y orden público los pertinentes informes técnicos sobre la viabilidad de esa conducción sin graves alteraciones del orden público.

Del mismo modo, la conclusión adoptada no excluía la posibilidad de que las medidas ordenadas pudieran ser revocadas en cualquier momento si, una vez autorizado el desplazamiento, surgían indicios objetivos de una actualización del riesgo de alteración del orden público constitucional con motivo de la asistencia del demandante de amparo a la sede del Parlamento de Cataluña.

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 por no haber realizado un adecuado juicio de proporcionalidad en relación con la incidencia que sobre el derecho de participación y representación política tenía la denegación de la salida del centro penitenciario. Somos conscientes, desde luego, de que la estimación del recurso de amparo no hubiera podido ir más allá de la mera declaración del derecho fundamental invocado en el recurso, puesto que dichas sesiones parlamentarias ya habían sido celebradas.

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, se integra en 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 enero de dos mil veinte.