

**Voto particular que formulan los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos y don Fernando Valdés Dal-Ré y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 2633-2018.**

Con el máximo respeto a nuestros compañeros del 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 avocado plantea la cuestión de la afectación al derecho de representación política de un candidato en un proceso electoral autonómico en situación de prisión preventiva por la adopción de una decisión denegatoria de un permiso de salida para acudir a dos actos electorales y de contactos adicionales con los medios de comunicación dentro del centro penitenciario para hacer entrevistas en el marco del proceso electoral. Por tanto, su objeto plantea notables semejanzas con lo resuelto en las SSTC 4/2020, de 15 de enero; 9/2020, de 28 de enero; y 23/2020, de 13 de febrero, en que se desestimaron sendos recursos de amparo por la negativa a conceder permisos penitenciarios a diputados autonómicos en situación de prisión preventiva para acudir a sede parlamentaria para ejercer concretas funciones, respecto de las que ya se formularon votos particulares.

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, al que, igualmente, se formuló voto particular. En este último voto particular desarrollamos en el 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 incidiendo en la situación de privación de libertad que le impide una de las manifestaciones de su derecho de representación política como es la participación en una campaña electoral. 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 denegar al recurrente el permiso para acudir a dos actos electorales o ampliar la comunicación con medios de comunicación como elemento participativo en la campaña electoral 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, candidato en unas elecciones autonómicas en situación de prisión provisional, de que se autorizara su asistencia a dos actos de campaña y de que se ampliaran las posibilidades de comunicación con la prensa dentro del centro penitenciario en el marco de ese proceso electoral.

Por lo que se refiere a la invocación del art. 23 CE, el auto de instancia desestima acceder a dichas solicitudes –lo que fue confirmado por sus propios fundamentos en apelación– destacando que, si bien la participación en la campaña electoral forma parte del derecho de representación política, este no es de carácter ilimitado y admite restricciones, por lo que “por más que comporte una limitación evidente para su participación en la campaña electoral, ni supone la imposibilidad de ser elegido, ni entraña una pérdida o una alteración esencial de la efectividad del derecho de participación democrática de quienes comparten el proyecto político que defiende su agrupación de electores o del propio encausado, pues el investigado no tiene hoy completamente anulada su capacidad de dirigirse al electorado y, de otro lado, su elegibilidad va engarzada de manera favorable a la de otros integrantes de la misma candidatura, que sí abordan plenamente las actividades de campaña”. A ello añade que las autorizaciones solicitadas “precisamente posibilitarían las situaciones de riesgo que la prisión ha tratado de conjurar, pues no solo facultarían el impulso de movilizaciones inmediatas, sino que pueden aprovecharse para propiciar que los tumultos se materialicen en respuesta a la conformación institucional que resulte de los comicios, o como reacción a cualquier actuación política que cristalice en el modo que rechaza el ideario del encausado, tal y como los hechos investigados sugieren que ya aconteció” (fundamento de derecho segundo).

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 plenitud de jurisdicción para establecer el parámetro de protección de ese derecho sustantivo. 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 estos 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 causación 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 candidato en un proceso electoral y, por tanto, la afectación de su derecho de representación política era especialmente intensa en lo subjetivo y en lo institucional, pues le impedía el ejercicio de funciones para las que es consustancial su presencia personal y se estaba

privando al cuerpo electoral de la participación en sus procesos de decisión sobre el ejercicio del derecho de sufragio activo de un miembro de especial relevancia política en tanto que ocupaba el puesto número dos de una de las candidaturas por la circunscripción de Barcelona.

Por otra parte, también es de destacar que la decisión judicial controvertida lo que impidió fue, en primer lugar, una actuación muy puntual en dos actos de campaña a la que se solicitó ser conducido por la fuerza pública y, en segundo lugar, un mayor contacto con la prensa dentro del propio centro penitenciario. Es altamente relevante que se tratara, en el primer caso, de un desplazamiento puntual de participación electoral en que se mantiene la situación de custodia por parte de agentes de la autoridad y, en el segundo caso, de una mera actuación que había de desarrollarse dentro del propio centro.

(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 la denegación de las autorizaciones 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 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 permiso penitenciario o el mayor contacto con la prensa, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente.

Las decisiones judiciales adoptadas maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva y alteración de la convivencia a través del sometimiento al recurrente a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad y la prohibición de una superior comunicación con la prensa en el desarrollo de la campaña electoral. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política del recurrente se veía anulado en ese concreto particular de la posible participación en la campaña electoral. En un contexto como este parecía indispensable un razonamiento acerca de 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 o de alteración de la convivencia ciudadana 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 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 o de alteración de la convivencia ciudadana podía ser objeto de modificación 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.

Por otra parte, en relación con la negativa a que el recurrente mantuviera un mayor contacto con la prensa dentro del propio centro penitenciario debemos destacar que hubiera resultado procedente hacer también una lectura del derecho a la participación política en conexión con el derecho a la libertad de información de las personas privadas de libertad en la línea establecida por la STC 6/2020, de 27 de enero, FJ 3.

Estas consideraciones 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 y del permiso para un mayor contacto con los medios de comunicación dentro 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 dicha campaña electoral ya ha finalizado.

Dado 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 hábitat constitucional, las consideraciones expuestas nos obligan a disentir

respetuosamente con la desestimación del presente recurso de amparo en lo que respecta a la insuficiente ponderación del derecho de representación política.

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil veinte.