

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. 2971-2018.

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 plantea de nuevo la cuestión de la afectación al derecho de representación política de diputados autonómicos por la adopción de una medida cautelar privativa de libertad. Por tanto, su objeto es similar al de las SSTC 155/2019, de 28 de noviembre; 3/2020, de 15 de enero; y 22/2020, de 13 de febrero, respecto de las que se formularon sendos votos particulares, 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. Nos remitimos íntegramente 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 acordar la prisión provisional de los recurrentes 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 acordar, una vez que se había dictado el auto de procesamiento, la prisión preventiva de los recurrentes, diputados del Parlamento de Cataluña, modificando su anterior situación de prisión preventiva eludible mediante fianza.

Por lo que se refiere a la invocación del art. 23 CE, el auto de instancia destaca que, si bien la prisión provisional va a imposibilitar el acudir al desempeño de sus funciones parlamentarias e incluso en el caso del recurrente don Jordi Turull i Negre participar en la

continuación de la sesión de investidura en la que era candidato a la presidencia de la Generalitat, el derecho de representación política no es un derecho absoluto y, en el presente caso, debe ceder al ponerse en riesgo facultades de mayor relevancia y más necesitadas de protección como son “la gravedad de los hechos que el auto de procesamiento describe, la utilización de las instituciones para su ejecución, la previsión de retomar la actuación que contiene el Libro Blanco y que los procesados mantienen conforme a las expresiones generales del largo tiempo que ha precedido a la investidura” (fundamento de derecho sexto). Por su parte, el auto de apelación insiste en que este derecho es susceptible de limitación cuando concurren intereses de mayor relevancia, concluyendo que “con la prisión provisional, pues, no se vulneran derechos políticos, sino que se pretende asegurar que los recurrentes se mantengan a disposición del Tribunal, y se trata de evitar la reiteración de delitos muy graves, especialmente lesivos de bienes jurídicos tan importantes en una democracia como el mantenimiento del orden constitucional, imprescindible para el aseguramiento de una situación en la que todos puedan ejercer libremente sus derechos” (fundamento de derecho tercero).

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 este 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.

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, los recurrentes eran diputados autonómicos y, por tanto, la afectación de su derecho de representación política era especialmente intensa en lo subjetivo y en lo institucional, pues se impedía a ambos recurrentes 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 miembros de especial relevancia política.

En el caso del recurrente don Jordi Turull i Negre la intensidad de esta afectación presenta un grado muy alto, pues la decisión judicial impugnada se adopta en pleno curso del proceso parlamentario de investidura como candidato a la Presidencia de la Generalitat. Dicha decisión supuso, en lo institucional, interrumpir, impidiendo su continuación, un acto de esencial importancia en una democracia parlamentaria y, en lo que se refiere al candidato, frustrar las posibilidades de acceso a la presidencia de la Generalitat que podían deducirse del resultado de la primera votación.

(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 se cifraba solo en si la adopción de la medida cautelar de prisión provisional de los recurrentes era necesaria en interés de la protección de bienes jurídicos que podían ser objeto de lesión en caso de reiteración delictiva, sino también en si existían alternativas más equilibradas. Esto es, en si era posible adoptar una decisión que, aun no enervando totalmente el riesgo que se intentaba controlar con la revocación de la situación de libertad bajo fianza de

que venían gozando, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política de los recurrentes y, muy especialmente, por la singularidad del caso de don Jordi Turull i Negre, que no interrumpiera el curso del proceso de investidura al que se estaba sometiendo en la cámara autonómica.

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 a los recurrentes a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política de los recurrentes se veía anulado. 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 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 de los recurrentes 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, como ya sucediera en relación con la citada STC 155/2019, nos llevan a entender que hubiera sido procedente 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 de los entonces investigados. 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.

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 nos han llevado a tomar la decisión de 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.