

**Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1621-2020.**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con absoluto respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición parcialmente discrepante con el fallo y con la argumentación.

1. Reconociendo la innegable calidad técnica de la sentencia del Pleno, debo recordar que ya había planteado previamente varios votos particulares respecto de una parte de los asuntos tratados en la ponencia. A ellos hago referencia ahora en los términos siguientes:

a) En la medida en que la sentencia del Pleno es sustancialmente idéntica a las que resolvieron los recursos de amparo planteados por don Jordi Turull i Negre (STC 91/2021, de 22 de abril), don Josep Rull i Andreu (STC 106/2021, de 11 de mayo), y doña Carme Forcadell (STC 184/2021, de 28 de octubre), hago remisión a los votos particulares firmados, conjuntamente con el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, en relación con las sentencias citadas.

En ellas, considerábamos que los respectivos fallos deberían haber sido estimatorios por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), de reunión (art. 21 CE) y a la representación política (art. 23.2 CE) y ello por haberse impuesto, en cada uno de los supuestos relatados, un pena desproporcionada. En la sentencia a la que se opone el presente voto particular, se proyecta la misma *ratio decidendi* utilizada en los pronunciamientos citados para basar los fallos desestimatorios, por lo que los argumentos contenidos en los votos particulares previos podrían ser traídos al presente para oponerse a un fallo, de nuevo, enteramente desestimatorio.

Para evitar reiteraciones innecesarias, se hace remisión expresa al contenido de los votos formulados a las SSTC 91, 106 y 184/2021, recordando exclusivamente que se proponía en ellos, sin negar validez al análisis realizado por la sentencia del Pleno, uno alternativo que, aceptando la relevancia penal de las conductas enjuiciadas, negaba la adecuación constitucional de la individualización de la pena. La aplicación de tal examen, que se autocalifica como más respetuoso con el actual estándar de derecho nacional y europeo de los derechos humanos,

concluía que hubiera sido necesario cuantificar la pena de un modo más acorde con el principio de proporcionalidad penal, en atención a la gravedad de las conductas enjuiciadas, pero teniendo en cuenta las dudas existentes en relación con los principios de taxatividad y de proporcionalidad en la configuración legal del delito de sedición, las dudas en relación con el principio de prohibición de interpretación extensiva de este mismo delito, así como la vinculación de las conductas enjuiciadas con el contexto del ejercicio de derechos fundamentales sustantivos que estaba en juego en todos los supuestos, incluidos los que llevaron a la condena de don Oriol Junqueras a trece años de prisión y trece años de inhabilitación absoluta, y de don Raül Romeva a doce años de prisión y doce años de inhabilitación absoluta.

b) Por su parte, el fundamento jurídico decimoquinto se refiere a distintas vertientes del derecho de participación política (art. 23 CE) de que son titulares los recurrentes en amparo, y al modo en que limitó el ejercicio del mismo la denegación de permisos penitenciarios para asistir a las sesiones de las cámaras de las que eran miembros, la imposibilidad de participar en condiciones de igualdad con el resto de los candidatos en las campañas electorales y la suspensión, en aplicación del art. 384 bis LECrim, en el ejercicio de los cargos públicos que ostentaban. Todas estas cuestiones han sido abordadas y resueltas con carácter definitivo por el Tribunal, en pronunciamientos previos, algunos de los cuales han sido también objeto de voto particular por mi parte.

La denegación de los permisos penitenciarios a don Oriol Junqueras i Vies, fue objeto del recurso de amparo núm. 2327-2018, resuelto en sentido desestimatorio por la STC 9/2020, de 28 de enero, frente a la que opuse voto particular conjunto con los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos. En este voto particular se ponía de manifiesto que hubiera sido procedente estimar el amparo (siquiera con meros efectos declarativos) y anular las resoluciones impugnadas, porque estas no habían realizado un adecuado juicio de proporcionalidad en relación con la incidencia que tenía la denegación de la salida del centro penitenciario, sobre el derecho de participación y representación política. A la argumentación completa de aquel voto particular se hace remisión en este momento, considerando aplicable idéntico razonamiento como argumento de oposición a la sentencia aprobada ahora por la mayoría.

Teniendo en cuenta, no obstante, que lo más adecuado en el supuesto que nos ocupa es que se hubiera inadmitido *a lúmine* la queja en cuestión ya que, como la propia sentencia reconoce

“el objeto y el contenido de las resoluciones recurridas en amparo -la STS, Sala Segunda, 459/2019, de 14 de octubre (...) y el auto de 29 de enero de 2020 (...) - son ajenos a la quejas ahora formuladas”, desde el momento en que el Tribunal entra a resolver las cuestiones planteadas, con la finalidad de formular un juicio desestimatorio, es necesario oponer a tal conclusión la que se contiene en el voto particular referido, que consideraba pertinente estimar el amparo en lo relativo a la denegación de los permisos penitenciarios.

Y las mismas observaciones corresponden en relación con la invocación del art. 23 CE y su eventual menoscabo por la decisión de no permitir la participación en campaña electoral de los recurrentes. La sentencia aprobada por el Pleno reconoce que esta cuestión no es objeto directo del amparo a pesar de lo cual la resuelve, desestimándola, en aplicación de la doctrina contenida en la STC 36/2020, de 25 de febrero. Esta última resolvió el recurso de amparo núm. 2633-2018, promovido por don Jordi Sànchez i Picanyol, contra diversas resoluciones del magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017, que denegaban los permisos penitenciarios precisos para que el recurrente hubiera podido participar en la campaña electoral de las elecciones al Parlamento de Cataluña del día 21 de diciembre de 2017. En aquella ocasión el voto particular conjunto formulado, de nuevo, por don Juan Antonio Xiol Ríos, don Fernando Valdés Dal-Ré y por mí misma, ponía de manifiesto que la sentencia hubiera debido ser estimatoria de la 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 por la sentencia del Pleno la ponderación requerida por la afectación de este derecho. Idéntica argumentación a la contenida en aquel voto, al que ahora formulo remisión expresa, hubiera sido aplicable en este caso, de modo tal que también hubiera podido estimarse la demanda de amparo en este punto, con meros efectos declarativos del eventual fallo estimatorio.

2. Siendo muy importantes las cuestiones previas, no me detengo en ellas, haciendo mera remisión a la opinión manifestada en anteriores votos, porque me parece fundamental marcar la relevancia de la que se presenta como cuestión esencial del presente recurso de amparo, y que se resuelve en el fundamento jurídico decimotercero.

Me refiero al tema relativo a la proyección que debiera haber tenido, en el proceso principal que concluye con la STS 459/2019, de 14 de octubre, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907-2017, y que es objeto principal del recurso

de amparo, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la pieza separada de situación personal del recurrente, don Oriol Junqueras.

Entiendo que es el tema principal de esta sentencia, aunque no haya sido tratado de este modo por la resolución de la que discrepo, porque afecta al núcleo del sistema de fuentes y de las relaciones de cooperación entre el sistema judicial español y el sistema jurídico de la Unión Europea. Y porque pone de relieve de manera clara cómo, en el momento presente, cualquier conflicto con la facultad para desestabilizar el Estado de Derecho en cualquier país de la Unión, tiene proyección supranacional y exige la aplicación consciente y responsable de los mecanismos de coordinación y cooperación entre Estados que sostienen la estructura de la Unión Europea.

3. Si bien la demanda de amparo se plantea por dos recurrentes, las observaciones que se realizarán a partir de ahora sólo tienen relevancia en el caso de las quejas planteadas por don Oriol Junqueras.

En relación con este recurrente, el Tribunal Supremo decidió continuar con el procedimiento abierto en la causa especial núm. 20907-2017, una vez concluida su fase oral, dictando la sentencia condenatoria que es objeto del recurso de amparo, sin suspender, por tanto, la pieza principal respecto de esta persona obviando dos hechos diferenciales fundamentales: i) que el día 26 de mayo de 2019 don Oriol Junqueras había resultado elegido en las elecciones al Parlamento Europeo, existiendo dudas fundadas sobre la fecha en la que debía ser considerado como europarlamentario electo y si, de hecho, podía ser considerado como tal; y ii) que por auto de 1 de julio de 2019, el mismo tribunal enjuiciador había planteado tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se tramitaron acumuladamente bajo la referencia C-502-19, en relación con el art. 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión (en adelante, PPI), esto es, en relación con la garantía de inmunidad asociada a la eventual adquisición de la condición de europarlamentario por parte del Sr. Junqueras.

4. La sentencia aprobada por la mayoría evalúa la decisión de no paralizar el proceso principal respecto del Sr. Junqueras, adoptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desde la perspectiva de dos de los derechos invocados en la demanda: el derecho a la participación política (art. 23.2 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Teniendo en cuenta este enfoque el Tribunal entiende que “resultará concernido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 78/2010, de 20 de

octubre, FJ 7; 51 y 58/2019, de 6 de mayo, FF JJ 3), en aquellos casos en que el órgano judicial que promueve una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE resuelva, sin esperar a que este tribunal europeo exprese su juicio hermenéutico, cualesquiera cuestiones pendientes ante él que presenten una relación de dependencia con el sentido que haya de darse por el TJUE a las normas europeas consultadas, pues en tal caso quedaría impedida o defraudada la eficacia de esta garantía procesal que significa la cuestión prejudicial de interpretación” [FJ 13.1.5.1 B) de la sentencia].

Desde esta formulación de partida, con la que no puedo sino estar de acuerdo, y tras efectuar un análisis sumamente exhaustivo, la sentencia concluye que, en este caso, no ha quedado afectado el derecho a un proceso con todas las garantías porque la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha motivado de forma razonable, no arbitraria y no incurso en error patente, la razón por la que, aunque elevó cuestión prejudicial en el marco de una pieza separada de situación personal relativa al recurrente Sr. Junqueras, no suspendió respecto de este el procedimiento principal, al no presentar relación de dependencia alguna la cuestión incidental elevada al TJUE con el proceso principal.

Es en este punto en el que se centra mi desacuerdo con la sentencia del Pleno que, a mi juicio, obvia un principio básico de funcionamiento de la Unión Europea, el principio de cooperación leal contenido en el art. 4.3 TUE.

5. El instrumento procesal de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE), es un mecanismo de colaboración judicial, devolutivo e incidental, cuyo objetivo es asegurar la coherencia interpretativa y la aplicación uniforme del derecho de la Unión, en todos los Estados miembros y por todos los jueces y tribunales del sistema. El recurso a esta colaboración procesal busca afianzar la seguridad jurídica y la responsabilidad de cada Estado en el marco de la comunidad de derecho que conforma la Unión Europea. Es, por tanto, un eje básico del sistema de fuentes contemporáneo que la Constitución, como norma definitoria de ese sistema de fuentes, debe articular y que el Tribunal Constitucional debe asegurar.

Los argumentos anteriores exigen de este Tribunal que, a la hora de evaluar si un órgano de la jurisdicción ordinaria, en este caso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha utilizado de forma adecuada el mecanismo de colaboración que supone la cuestión prejudicial, no se limite a formular un mero control externo de motivación y razonabilidad de los argumentos en torno al

planteamiento y desarrollo de una determinada cuestión prejudicial. Es necesario, además, que el Tribunal evalúe adecuadamente si el recurso a la cuestión judicial respeta los elementos estructurales de un sistema de fuentes multinivel, que responde a principios no exclusivamente constitucionales, como el de la cooperación leal (art. 4.3 TUE) y el diálogo entre tribunales, pero que presentan un innegable vínculo con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y con el mandato de cumplimiento del derecho europeo que se deriva del art. 93 CE.

El principio de cooperación leal establece que, “la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.” (art. 4.3 TUE).

De esta regulación se deriva la exigencia de una utilización adecuada de la cuestión prejudicial. Este requerimiento supone, no sólo plantearla en los supuestos en que sea necesario, e incluso obligatorio hacerlo, sino además, evitar que el planteamiento sea utilizado como una estrategia procesal a efectos meramente internos, es decir evitar el ejercicio de la facultad prevista en el art. 267 TFUE y asegurar, asimismo, que la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión despliegue plenos efectos interpretativos en el marco del procedimiento en que se plantea la cuestión.

Este último elemento es el que desaparece en el asunto que nos ocupa. La sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-502/19, EU:C:2019:1115), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, no puede desplegar plenos efectos interpretativos no ya en la pieza principal, sino ni siquiera en la pieza separada en el marco de la cual se eleva, como consecuencia de la continuación del procedimiento, que priva así de todo efecto interpretativo a la sentencia del TJUE en lo que hace a la situación particular del recurrente en amparo. Paradójicamente, esta sentencia sí ha tenido efectos en otras personas investigadas en la causa especial núm. 20907-2017 (es el caso de los Sres. Puigdemont y Comín y de la Sra. Ponsatí) pero ninguno en la situación de don Oriol Junqueras.

6. El argumento esencial de la sentencia aprobada por la mayoría, y que sostiene implícitamente la limitación de efectos de la sentencia del TJUE derivada de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, es que el alcance de la cuestión prejudicial era muy restringido y no se proyectaba sobre el proceso principal, porque surgía, finalizadas las sesiones del juicio oral y en la pieza de situación personal del Sr. Junqueras, al hilo de la petición por su parte de un permiso penitenciario cuyo objetivo era salir de prisión para “acudir a prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución Española, requisito normativo establecido para que el organismo central electoral -Junta Electoral Central- incluya al electo en la lista que remite al Parlamento Europeo y se posibilite la toma de posesión del escaño correspondiente”. Así, el planteamiento del incidente prejudicial se limitaba a suspender, en fase de contestación del recurso de súplica planteado por el recurrente frente al auto denegatorio del permiso, el pronunciamiento relativo a la estimación o no de este concreto recurso. El único efecto de la suspensión del procedimiento de instancia, por tanto, era la imposibilidad de resolver definitivamente sobre la concesión del permiso para dar cumplimiento al trámite nacional necesario para asumir la condición de eurodiputado.

El Tribunal Constitucional considera razonable el argumento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contenido en los autos de 1 de julio de 2019, de 3 de octubre de 2019, y de 9 de enero de 2020, que pretende encapsular el objeto de la cuestión prejudicial para desvincularlo del procedimiento principal que concluye con la condena del Sr. Junqueras. Ese argumento sostenía que la cuestión prejudicial, “en lo que hace al contenido de la inmunidad, solo requería del TJUE que definiese el alcance de la prerrogativa de libre desplazamiento regulada en el párrafo segundo del art. 9 PPI, mientras que la posibilidad misma de enjuiciarle sin necesidad de solicitar el suplicatorio del Parlamento Europeo se relaciona con un contenido distinto de la inmunidad del eurodiputado: aquel que deriva del párrafo primero del art. 9 PPI. Además, esta inmunidad de jurisdicción de los eurodiputados, a diferencia del resto de las vertientes de la inmunidad que les asiste, está disciplinada, en lo que en este caso interesa, en el apartado a) del párrafo primero del art. 9 PPI por remisión a “las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país” [FJ 13.1.5.1 B) de la sentencia].

7. Pero tal argumento no sólo no es razonable, sino que altera notablemente el principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE.

Y es que, al no suspenderse la pieza principal y una vez dictada sentencia condenatoria, el recurrente en amparo pasó de la situación de preso preventivo a la situación de penado, lo que, como trataremos de explicar, relativiza absolutamente los efectos interpretativos de la sentencia que da respuesta a la cuestión prejudicial y hace inútil la consideración de que el Sr. Junqueras ostentaba la condición de europarlamentario desde el día 13 de junio de 2019. En la práctica, el Sr. Junqueras no tuvo permiso penitenciario para ir a cumplimentar los trámites requeridos por la Junta Electoral Central, que no le consideró diputado electo al Parlamento Europeo, no pudo participar en la sesión constitutiva del Parlamento Europeo al estar *sub iudice* su condición de europarlamentario y, aclarado este extremo por la sentencia de 19 de diciembre 2019, no fue requerido el suplicatorio al Parlamento Europeo una vez determinada su condición de europarlamentario porque al momento de dirimirse esta cuestión el recurrente ya había sido condenado y, en ese momento, se consideró ya innecesaria la solicitud de suplicatorio.

La falta de razonabilidad, de que dan prueba los hechos descritos, se deriva de la inconsistencia lógica del argumento utilizado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones.

Para que el TJUE pudiera determinar si se aplicaba o no la prerrogativa de libre desplazamiento (del segundo párrafo del art. 9 PPI) era necesario establecer primero si concurría el presupuesto para que se activara la prerrogativa, es decir, si la persona que demandaba su aplicación tenía o no la condición de eurodiputado o de “miembro del Parlamento Europeo” tal y como se enuncia en el Capítulo III del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión. La solución a esta duda deviene, por tanto, en premisa lógica necesaria de cualquier argumentación sucesiva, y la respuesta a la misma por parte del TJUE, se hubiera planteado o no expresamente en la cuestión prejudicial, es condición necesaria para darle respuesta. Por lo tanto, cuando el Tribunal de Justicia interpreta en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 por primera vez, y resulta importante incidir en esta circunstancia, el concepto de “miembro del Parlamento Europeo”, esa construcción formará parte del acervo interpretativo de la sentencia del TJUE, que debe proyectarse al procedimiento en el que surge la duda, y a cualquier otro procedimiento, del que conozca cualquier otro juez de cualquier Estado de la Unión Europea, cuando deba determinar en qué momento adquiere la condición de eurodiputado un candidato electo en las elecciones al Parlamento Europeo. Solo de ese modo puede entenderse el principio de cooperación leal y el necesario diálogo entre tribunales.



La sentencia del TJUE, en su § 71, establece que del art. 14.3 TUE, del art. 223 TFUE, y de los arts. 8 y 12 del Acta electoral de 20 de septiembre de 1976, se deduce que “la adquisición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros”. Y en el § 77 se sostiene que las inmunidades del Protocolo núm. 7 al TFUE, sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión se reconocen a los miembros del Parlamento Europeo, “y por tanto a los que han adquirido esa condición como consecuencia de la proclamación oficial de los resultados electorales por los Estados miembros”. Queda clara, en estos párrafos, cual es la secuencia lógica del argumento. Determinado que una persona es miembro del Parlamento Europeo, el elenco total de las inmunidades previstas en el Capítulo III del Protocolo núm. 7 se proyecta a esa persona y habrá que determinar si esas inmunidades despliegan o no efectos, en el caso que nos ocupa, sobre la pieza de su situación personal y sobre la pieza principal.

Al no suspender el procedimiento principal, el Tribunal Supremo está impidiendo que pueda proyectarse sobre dicho procedimiento el haz completo de consecuencias que se asocia a la interpretación de la noción esencial en juego: el momento y causas de adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo. Y ese haz, sin duda alguna, también hubiera podido tener su impacto en el procedimiento principal. En otras palabras, con su decisión de no suspender el procedimiento principal respecto de don Oriol Junqueras, el Tribunal Supremo limita los efectos reales de la que sería la sucesiva sentencia del TJUE, faltando materialmente a su obligación de respetar y conocer un pronunciamiento al que está vinculado, y del que no puede separarse o ignorar (en el sentido establecido por la STJUE de 5 de abril de 2016, *Puligienica Facility Esco SpA*, C689/13, § 30).

La propia sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 19 de diciembre de 2019, establece la conexión de este pronunciamiento con el procedimiento principal de la instancia, en su § 58, cuando sustenta que “se desprende claramente que la interpretación solicitada por el Tribunal Supremo guarda relación directa con el objeto del litigio principal y que el problema suscitado en dicho litigio y en la propia petición de decisión prejudicial no es hipotético, sino real, y no ha perdido su vigencia tras la sentencia de 14 de octubre de 2019”.

8. Los efectos reflejos de la STJUE en el asunto Junqueras, y la falta de respeto a la obligación de acatar la fuerza interpretativa de la respuesta a una cuestión prejudicial porque no

se esperó a esa respuesta para avanzar en el procedimiento de instancia, se verifican esencialmente en los siguientes hechos y resoluciones:

a) En la decisión del Tribunal Supremo de no acordar la libertad del recurrente para poder desplazarse al Parlamento Europeo para ejercer la condición de eurodiputado (auto de la Sala de lo Penal de 9 de enero de 2020, también recurrida en amparo, recurso núm. 1523-2020 y pendiente de resolución por este Tribunal). El argumento de este auto es que, en el momento de dictarse, la condena era ya efectiva y, por tanto, sería de aplicación el art. 9 del protocolo en tanto reconoce que “no se podrá invocar la inmunidad cuando un diputado sea declarado culpable de haber cometido un delito”. Pero lo cierto es que, si se hubiera suspendido el procedimiento principal, la condena no habría sido efectiva (se había dictado el 14 de octubre de 2019), por lo que no habría sido de aplicación el párrafo tercero del art. 9 del Protocolo. Con la decisión de no suspender, el Tribunal Supremo asume que, ante una respuesta del TJUE en el sentido en que se produjo, muy probablemente no serían aplicables el resto de inmunidades previstas en el Capítulo III del Protocolo. Y si la respuesta del TJUE hubiera validado el presupuesto de partida del Tribunal Supremo (es decir, la ausencia de la condición de miembro del Parlamento Europeo en el recurrente en amparo), ningún interés tendría ya tampoco porque, de facto, el Tribunal Supremo actuó como si esta hubiera sido la respuesta del TJUE.

b) En la imposibilidad de concretar la ejecución del fallo de la sentencia condenatoria de inhabilitación, puesto que el alcance de esta pena dependía de que se considerase o no al recurrente miembro del Parlamento Europeo. De hecho, incoada tras la condena la correspondiente ejecutoria, el auto de 14 de octubre de 2019, confirmado por otro de 18 de noviembre de 2020, acordó la suspensión de la pena de inhabilitación absoluta con el argumento de que “puede resultar condicionada por el efecto reflejo, en su caso, de la resolución del recurso de súplica pendiente en la pieza de situación personas contra el auto de 14 de mayo de 2019”.

Visto desde otro ángulo, el abogado general en sus conclusiones al asunto Junqueras sostiene que “el problema no radica en el fundamento de la privación de libertad del recurrente en el procedimiento principal, sino en la pena accesoria de inhabilitación absoluta a la que también ha sido condenado. Según la información disponible, tal pena entraña, en particular, la privación definitiva de todo cargo público, incluidos los electivos, así como de la elegibilidad (derecho de sufragio pasivo). Dado que la elegibilidad para el mandato de diputado al Parlamento, como elemento de la normativa electoral, depende del Derecho nacional, la privación de la misma

también afecta a la elegibilidad al Parlamento. Por consiguiente, debe conllevar la anulación del mandato en el sentido del artículo 13 del Acta de 1976”. Dicho en otros términos, la condena priva de raíz al recurrente de la condición de elegible y, por tanto, de la condición de electo y, por consiguiente, de la condición de miembro del Parlamento Europeo.

c) En la decisión del Tribunal Supremo de no solicitar el suplicatorio al Parlamento Europeo, para despojarle de su condición de eurodiputado tras la sentencia del TJUE. Es decir, en la imposibilidad de que la condición de miembro del Parlamento Europeo del don Oriol Junqueras desplegara absolutamente ningún efecto. Así lo constata también el abogado general en su escrito de conclusiones en el asunto Junqueras. Y es que, frente a lo que asegura la sentencia del Pleno, lo que resuelve el TJUE en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 prejuzga el contenido de las inmunidades asociadas a la proclamación como europarlamentario, porque le priva de la posibilidad de disfrutar de esa condición estando abierto el procedimiento penal, lo que hubiera dotado de contenido, por ejemplo, a la necesidad de solicitar suplicatorio al Parlamento Europeo para continuar con el procedimiento penal.

Quizá fuera posible discutir si, una vez concluida la fase oral, todavía era necesario solicitar o no ese suplicatorio. La sentencia de la que discrepo resuelve esta duda en el FJ 13.1.5.3 aplicando sin matices la jurisprudencia contenida en las SSTC 70 y 71/2021, de 18 de marzo. La primera de ellas, también referida a quienes son ahora recurrentes en amparo, descarta la necesidad de pedir suplicatorio al Congreso de los Diputados, una vez iniciada la fase de juicio oral, al entender que la prerrogativa de inmunidad exige el suplicatorio para inculpar o procesar a los miembros de la Cámara en las fases de instrucción o intermedia del proceso penal, y no para el desarrollo de una fase posterior, como es la del juicio oral.

La cuestión que debería haberse planteado en este caso es que, si se hubiera suspendido el procedimiento cuando se elevó la cuestión prejudicial, concluida ya la fase oral, al recibir la respuesta a la cuestión quizá el Tribunal Supremo hubiera debido plantearse si era o no necesario pedir el suplicatorio al Parlamento Europeo. En tal caso, hubiera sido necesario valorar si era el Tribunal Supremo quien debía interpretar el alcance de la inmunidad (en los términos recogidos en la citada STC 70/2021), o si esa interpretación debía corresponder también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al tratarse de una prerrogativa de alcance europeo, que podría exigir de una interpretación básica común en todos los Estados de la Unión. En este sentido hay que entender las observaciones del abogado general contenidas en los apartados 107 y 108 de sus

conclusiones en el asunto Junqueras “A la vista de estos cambios, la interpretación literal del artículo 9 del Protocolo lleva a un resultado poco satisfactorio. (...) Sin perjuicio de la remisión al Derecho nacional contenida en el artículo 9, párrafo primero, letra a), del Protocolo, tal interpretación podría reforzar la competencia del Parlamento con respecto a la inmunidad de sus miembros. En particular, esta disposición remite a las normas nacionales en lo que atañe al contenido sustantivo de la inmunidad, pero deja en manos del Parlamento la aplicación de dichas normas. Por ello, desde el momento en que el Derecho nacional de un Estado miembro reconoce la inmunidad a los parlamentarios, considero plenamente lógico que no sea el tribunal nacional competente quien aprecie la conveniencia de solicitar la suspensión de esa inmunidad, sino que sea el Parlamento quien juzgue la conveniencia de suspenderla o mantenerla”.

9. En suma, cuando el Tribunal Supremo decide no suspender la pieza principal, que concluye con la sentencia condenatoria impugnada en el presente recurso de amparo, no sólo limita el derecho del recurrente en amparo a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en conexión con los derechos a la participación política (art. 23.2 CE), sino que también falta al principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE, que se vincula con los arts. 9.3 y 93 CE.

Así lo pone de manifiesto el abogado general en sus conclusiones al asunto Junqueras cuando reconoce que “el hecho de que el mismo día de la vista en el presente asunto se haya dictado la sentencia condenatoria definitiva del recurrente en el procedimiento principal ha puesto en entredicho el propio objeto de ese procedimiento y, por consiguiente, el de la petición de decisión prejudicial”, así como la “competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales en este asunto”.

La insistencia del Tribunal Supremo por mantener la cuestión prejudicial el mismo día que dicta la sentencia condenatoria, pone de manifiesto una falta de comprensión del modelo de cooperación judicial que materializa la cuestión prejudicial o podría hacer pensar incluso en una eventual instrumentalización del mismo, lo que acentúa la crítica que vengo manteniendo en este voto particular. Fuera o no esta la finalidad del Tribunal Supremo cuando planteó la cuestión prejudicial, la mera apariencia de que así pudiera haber sido, debilita su posición como interlocutor en el modelo de cooperación judicial diseñado en el sistema de la Unión Europea y niega la posibilidad de ese diálogo entre los tribunales.

La cuestión prejudicial elevada al TJUE era necesaria, como lo era respetar el art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aprobado como Protocolo núm. 3 anejo a los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, que exige del órgano judicial que plantea una cuestión prejudicial *ex art. 267 TFUE*, la suspensión del procedimiento en que surge la duda. Esta suspensión, que se deriva también de la previsión del art. 4 bis.2 LOPJ, es la base de la prejudicialidad europea y del mecanismo esencial de cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión.

El principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE exige que los Estados respeten el ordenamiento jurídico de la Unión, así como los procedimientos diseñados en ese ordenamiento para asegurar la coherencia del sistema de fuentes y la efectiva aplicación del derecho de la Unión. Y ese respeto pasa por recurrir a la cuestión prejudicial cuando sea preciso, por aplicarla adecuadamente, y por no limitar en ningún modo, el efecto interpretativo que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proyectan sobre ese derecho, que no solamente es parte integrante y plena de nuestro sistema de fuentes, sino que goza de primacía en los ámbitos competenciales propios de la Unión.

En suma, puede que en este caso se haya perdido una importante ocasión para poner de manifiesto la importancia de la articulación de dos ordenamientos, en cuanto que están obligados a colaborar en la protección de los derechos fundamentales y con mayor exigencia quizás, en los de la representación política en sus respectivas instituciones democráticas.

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil veintidós.