

LA SOMBRA ALARGADA DEL CASO SELAHATTIN DEMIRTAS C. TURQUÍA (nº 2)

THE LONG SHADOW OF SELAHATTIN DEMIRTAS V. TURKEY (Nº 2)

Nicolás PÉREZ SOLA

Universidad de Jaén, España

Recibido: 28 Julio 2021 / Aceptado: 30 Agosto 2021

Resumen

El presente trabajo pretende abordar la incidencia que la adopción de medidas cautelares ha podido tener en la adquisición de la condición de parlamentario, el ejercicio de dichas funciones, así como su pérdida a consecuencia de la instrucción primero de la causa especial 20907-2017 y la posterior instrucción, juicio oral y sentencia del TS de 14 de octubre de 2018.

Palabras clave: Derecho de participación política y acceso al cargo representativo, Prisión provisional, Suspensión de cargo representativo

Abstract

This paper aims to address the impact that the adoption of precautionary measures may have had on the acquisition of the status of parliamentarian, the exercise of these functions, as well as suspension from holding public office as a result of the first pre-trial investigation of the special case 20907-2017 and the subsequent investigation, oral hearing and judgement of the Supreme Court of 14 October 2018.

Keywords: Right to political participation and eligibility for representative office, Pre-trial detention, Suspension from holding public office

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve análisis del caso Selahattin Demirtas C. Turquía. III. El debate en torno a la ponderación de las circunstancias concurrentes para la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares. III.1. El Mantenimiento de medida cautelar de prisión provisional y su incidencia en el ejercicio del derecho fundamental de participación política: III.1.A. Sobre la situación inicial de privación de libertad (STC 155/2019 y 3/2020); III.1.B. La incidencia en el ejercicio del derecho de participación de la denegación del permiso penitenciario para la intervención en la sede parlamentaria, adquisición de la condición de parlamentario y participación en el debate de investidura; III.1.C. La solicitud de permisos penitenciarios para el ejercicio del derecho de participación política en los procesos electorales. IV. Las prerrogativas parlamentarias. IV.1. La invocación de la inmunidad parlamentaria y el entendimiento dispar de su adquisición y alcance. IV.2. La suspensión en el ejercicio del cargo público por la adopción de la medida cautelar. V. Conclusiones provisionales. VI. Bibliografía.

SUMMARY: I.- Introduction. II. Brief analysis of the Selahattin Demirtas v. Turkey case. III. The debate on the weighing up of circumstances for the adoption and maintenance of precautionary measures. III.1. The maintenance of the precautionary measure of pre-trial detention and the impact on the exercise of the fundamental right to political participation: III.1.A. On the initial deprivation of liberty (STC 155/2019 and 3/2020); III.1.B. The impact of refusal of prison leaves to be able to attend parliament debates, on the exercise of the right to participation, on the validity of the mandate of newly elected Members and on the right to vote in the investiture debate; III.1.C. request for prison leave to stand as a candidate at elections to the Parliament. IV. Parliamentary prerogatives: IV.1. The invocation of parliamentary privilege and the disparate understanding of its acquisition and scope. IV.2. Cautionary suspension of holding public office. V. Provisional conclusions. VI Bibliography

I. INTRODUCCIÓN

El alcance y contenido del derecho fundamental a la participación política en la vertiente de acceso a cargo público representativo así como al ejercicio del ius in officium ha sido objeto de un intenso debate por las posibles restricciones al mismo, con ocasión de la adopción en resoluciones de los órganos jurisdiccionales de medidas provisionales que han implicado la privación de la libertad de candidatos luego electos, que han podido adquirir la condición de parlamentarios y posteriormente, como consecuencia de acuerdos de la mesa

de la Cámara correspondiente, han sido suspendidos en el ejercicio de dichos cargos representativos tras ser procesados. Ocurre que en esta controversia se han visto involucrados diversos imputados que concurriendo también a sucesivas consultas electorales han promovido recursos ante la jurisdicción ordinaria y generado un número considerable de pronunciamientos del TC, que constituyen el material jurisprudencial esencial para perfilar los contornos del derecho fundamental, sus restricciones, así como las consecuencias de los procesos penales en los que han resultado incurso sus titulares.

Si bien conviene advertir que algunos de dichos pronunciamientos de nuestro alto Tribunal cuentan con votos particulares en los que se propone un entendimiento diferenciado en cuanto a la proporcionalidad del enjuiciamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales entre el ejercicio del derecho fundamental y la consecución del interés constitucional del proceso penal. Quizá, lo más relevante de este asunto estribe en la distinta percepción que de la resolución de los recursos sostienen los magistrados del mismo. Pues frente a una posición mayoritaria los votos particulares emitidos abren una interesante vía de interpretación de la efectividad de los derechos y, en especial, al acceso al ejercicio de la representación en su doble dimensión subjetiva y como proyección que materialice la preferencia electoral manifestada por sus electores. Es esta dimensión diferenciada de la proporcionalidad de la privación provisional de la libertad acordada por los hechos de octubre de 2017, en tanto se sustanciaba el proceso en las fases de instrucción y juicio oral, que se asume desde los votos particulares que se suscriben por los magistrados que disiente del parecer del resto de los miembros del Tribunal.¹

La condición de la mayoría de los entonces procesados de miembros del Parlamento de Cataluña en el momento inicial de la disolución del mismo y la posterior condición de parlamentarios autonómicos tras las elecciones de 21 de diciembre de 2018 debe ser recordada. Igualmente, la elección más tarde como integrantes del Congreso de los Diputados y del Senado tras las elecciones generales de 28 de abril de 2019, así como la obtención de escaño en el Parlamento Europeo en las elecciones de 26 de mayo de 2019, dotan de mayor complejidad el análisis del iter de las distintas actuaciones judiciales que concluyeron con recursos de amparo ante el TC.

Constituye por tanto el objeto de este análisis una serie de resoluciones dictadas por el magistrado instructor como de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del TS relativas al acuerdo inicial y posterior mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional de las personas procesadas y luego condenadas por el Tribunal Supremo por sentencia de 14 de octubre de 2019. Aun cuando los destinatarios y circunstancias de las personas concernidas

por estas resoluciones son diversas, las referencias a un recurso ulterior ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) han sido reiteradas por las defensas de las partes en el proceso penal previo, así como invocada su doctrina en los recursos de amparo planteados ante el TC. En menor medida, pero también con cierto alcance, instituciones como la orden europea de detención y entrega o la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) han de ser incorporadas al presente análisis. Las siguientes páginas se centrarán en formular algunas reflexiones respecto a la incidencia de estas resoluciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de los procesados afectados por la inicial determinación de la prisión provisional, como las posteriores ratificaciones de dicha limitación de la libertad con afectación al *ius in officium*, denegación de permisos penitenciarios e impugnación de los acuerdos de la Cámara que acordaron la suspensión de la condición de parlamentario adoptadas con carácter previo a la sentencia de la Sala de lo Penal del TS de octubre de 2019.

En efecto, sobre el conjunto de derechos concernidos de los procesados y luego condenados, nos centraremos en la protección del derecho de participación política, el de acceso al cargo electo y su ejercicio, al objeto de determinar si han gozado sus titulares de garantías suficientes, pese a las medidas cautelares impuestas restrictivas de su libertad, más allá de consideraciones de orden penal que aquí no serán abordadas.

En todo caso los diversos aspectos que concurren en las resoluciones del TS como del TC hasta el momento sobre los hechos de octubre de 2017 en Cataluña, permiten aplicar al análisis de las mismas algunas de las técnicas propias del diálogo de tribunales respecto de las argumentaciones y estrategias de las defensas de los procesados, como de su consideración por los miembros de ambos tribunales.²

Es por ello que debemos abordar la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en nuestros órganos jurisdiccionales como en el TC al objeto de analizar el proceso de acomodo de éstos a aquél, para determinar el grado de convencionalidad en cumplimiento de las obligaciones del Estado español respecto del sistema europeo de protección de derechos. Nuestro análisis pues se debe centrar en los derechos fundamentales y el modo en el que esta interacción se produce a modo de diálogo entre tribunales en materia de su defensa y garantía

Constituye ya un lugar común afirmar que asistimos a un conjunto de “vías concurrentes”³ en el espacio europeo para la protección de los derechos. En un contexto dinámico, de mutuas influencias, es evidente que nos encontramos

ante una “superposición de elementos de garantía”⁴ de los derechos, que suscita no pocas reflexiones en torno a las relaciones entre dichos sistemas de protección.⁵ Ahora bien, la existencia de influencias reciprocas plantea también la cada vez menos hipotética posibilidad de fricciones que comienzan a surgir en este ámbito.

Este proceso en constante tensión requiere además un ejercicio continuo de autocontención en el que cada instancia judicial se restrinja en el ámbito de su actuación, si bien debe atender al estándar de protección de los derechos que se contiene en los instrumentos de distinta naturaleza que legitiman su actuación en defensa de los mismos: Constitución española, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante), Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante). La clave quizá se encuentra en el principio de subsidiariedad que debe asegurar el equilibrio entre la pretendida unidad de los valores comunes y la posible diferenciación de la perspectiva de cada uno de los tribunales concernidos,⁶ pues las divergencias que puedan presentar los respectivos sistemas cuando la interpretación del contenido de los derechos y libertades protegidas deja de ser idéntica, puede traer consecuencias de gran alcance.

Un ámbito de discrepancia se ha evidenciado con ocasión de la petición de las sucesivas órdenes de detención europea por parte del Magistrado instructor que ha dado lugar también en otros Estados miembros a divergencias y opiniones doctrinales críticas con la aplicación de las mismas. En este sentido,⁷ controvertida resultó sin duda la respuesta del Tribunal a la cuestión prejudicial planteada por el TC en el asunto Melloni. Como se recordará la primera cuestión prejudicial planteada por nuestro tribunal de garantías constitucionales ante el Tribunal de Luxemburgo por ATC 86/2011 era relativa a las condiciones de ejecución de una orden europea de detención y entrega, luego resuelta por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en el Asunto C-399/11. Más tarde se procedería a la asunción de los términos de la misma no sin formular algún voto particular (STC 26/2014). A partir de aquí se aprecian enfoques diferentes entre las altas cortes y el TJUE en los asuntos como sucede con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14 en un caso no muy diferente del citado caso Melloni o la saga de las sentencias del caso Taricco del Tribunal Constitucional Italiano.⁸

Recuérdese como uno de los escollos que ha planteado históricamente las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional se residencia en las garantías de los derechos fundamentales constitucionalizados y en la posición

al respecto de los Tribunales Constitucionales en los Estados miembros de la Unión Europea en los que existe la justicia constitucional. Aunque hay que significar que en un proceso gradual el TJUE ha incorporado el respeto de los derechos fundamentales con “pronunciada cautela” e “intenso compromiso”,⁹ como parte integrante de los principios generales del derecho cuya observancia asegura y que alcanza en el momento actual una importancia creciente en materia de protección de derechos, desde que se concretó con la aprobación del Tratado de Lisboa,¹⁰ al que se ha incorporado la CDFUE.¹¹ Este nuevo marco, como auténtica declaración de derechos, ha conllevado para el TJUE un papel también relevante en la observancia de los derechos dentro del ámbito competencial comunitario.

II. BREVE ANÁLISIS DEL ASUNTO SELAHATTIN DEMIRTAS C. TURQUÍA

En una primera impresión pudiera parecer que se dilucida en aquella sede una cuestión ajena a nuestra realidad jurídico procesal más cercana. No obstante, la razón de ser de este análisis encuentra su justificación en el hecho de que por parte de las defensas de algunos de los procesados y luego condenados por el TS por la comisión de delitos de sedición y malversación se ha esgrimido este referente jurisprudencial, para reforzar los razonamientos que se contienen en algunos de los recursos de amparo presentados y no resueltos en su totalidad al tiempo de escribir estas líneas. Correlativamente el TC ha debido de pronunciarse al respecto de la alegada referencia al Tribunal de Estrasburgo tanto en Autos como sentencias a lo largo de la resolución de los recursos de amparo ante este último.

Nos interesa resumir de modo sucinto las supuestas vulneraciones denunciadas por el recurrente, miembro de la Asamblea Parlamentaria de Turquía, ante el TEDH. En dicho recurso se denuncia el arresto y prisión provisional sufrida como consecuencia de los discursos políticos pronunciados como diputado y copresidente de un partido político que implicaría la vulneración del ejercicio de la libertad de expresión (art. 10 CEDH), en el contexto de unas elecciones democráticas como candidato a las mismas (art. 3 Protocolo 1º CEDH) y la imposición de la privación de libertad una vez elegido parlamentario, así como la limitación de la libertad en relación con el art. 18 CEDH y la ausencia de razones para la prolongación del tiempo que permaneció privado de libertad hasta la resolución del Tribunal Constitucional Turco. Consideraba el recurrente que el contenido de los mismos debía ser analizado desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión y alegaba la ausencia de pruebas para imputarle una infracción

penal. Igualmente señalaba la necesidad de que la privación de libertad debe ser seguida de la puesta a disposición de un juez y la privación de ésta no puede prolongarse por más de un tiempo razonable. La posibilidad de adoptar medidas alternativas de menor rigor que la privación de libertad, alegada por el recurrente, cobra especial importancia en este recurso como después se constatará por el TEDH. La imposibilidad de acceder al expediente correspondiente al objeto de conocer las causas de dicha privación de libertad y poder formular su defensa fueron también motivo de la queja.

Constituye un detalle no menor en los antecedentes de los hechos que aquí se juzgan que en el contexto general de reacción del Estado turco frente al intento de golpe de Estado en 2016 se llevó a cabo una reforma constitucional de la que se derivaba la suspensión de la inmunidad parlamentaria en el ámbito de la lucha antiterrorista. En concreto el diputado recurrente fue detenido en noviembre de dicho año y sujeto a prisión provisional por incitación a la comisión de delitos y como miembro de una organización terrorista. Más allá de la secuencia jurisdiccional previa interesa reparar en los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional de Turquía por vulneración del derecho a la libertad y la seguridad como respecto del derecho a la participación en las elecciones libres y la falta de motivación del prolongado período de prisión preventiva. La respuesta del Tribunal Constitucional será en todo caso negativa del que trae causa la prisión preventiva, si bien no será estimado por el Tribunal de Estrasburgo por no apreciar la suficiente intensidad en la vulneración.

En esta materia se debe tener en cuenta la Recomendación (2006) 13 de 27 de septiembre de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa “Uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos” en la que se señala como el internamiento preventivo no será la regla sino la excepción debiendo preverse la adopción de medidas alternativas menos restrictivas así como la necesidad de que por parte del órgano jurisdiccional que adoptó dicha prisión se lleve a cabo la “revisión periódica” de la misma que deberá ser motivada en todo caso.

EL TEDH estima la vulneración de un conjunto de derechos que habría sufrido el diputado turco en una sentencia de sala de 20 de noviembre de 2018 que será corroborada por la Gran Sala en sentencia de 22 de diciembre de 2020, respecto de algunas de las vulneraciones denunciadas. En suma, el interés en las citadas sentencias recae en conocer la apreciación por parte de aquél de la legalidad y convencionalidad de la prolongación de la prisión preventiva de la que fue objeto el diputado recurrente que alegaba la ausencia de motivación suficiente de su duración, así como la vulneración de su derecho

como parlamentario a ejercer las funciones derivadas del mandato ciudadano recibido.

Cabe resumir la doctrina del Tribunal de Estrasburgo señalando cómo en sus pronunciamientos sucesivos se reitera el principio fundamental que constituye la democracia en el orden público europeo y el carácter crucial de los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo nº 1 CEDH. Ante la invocación del recurrente de la vulneración de dicho precepto como consecuencia de la prisión provisional comparte el Tribunal que aquella privación de libertad constituyó un claro impedimento para el ejercicio de los derechos del diputado en la Asamblea turca con especial atención a que el recurrente además era copresidente del tercer partido de la Asamblea, detalle que “elevaba su nivel de protección a un nivel más alto”. Sin embargo, reconociendo su relevancia, admite que no son derechos absolutos y las legislaciones de los Estados podrán regular las condiciones de elegibilidad concreta para el ejercicio de este derecho. Ahora bien, la noción de “limitación implícita” que se deriva de este precepto conlleva que el Tribunal de Estrasburgo atienda para la observancia del mismo por un lado, si ha existido arbitrariedad o falta de proporcionalidad en la limitación y, por otro, si la restricción puede atentar a la libre expresión de la ciudadanía. Además, el supremo intérprete del CEDH ha distinguido entre el sufragio activo y el derecho a presentarse a las elecciones, entendiendo que este puede ser objeto de una regulación nacional más estricta.

Se razona por el TEDH que en atención a la relevancia que en una sociedad democrática tiene el derecho a la libertad y a la seguridad de los diputados, las jurisdicciones nacionales deben demostrar dentro de su margen de apreciación que para acordar la detención provisional de una persona “han puesto en balance los intereses en juego, en particular, de un lado, los de la persona concernida protegidos por el art. 3 del Protocolo nº1 CEDH y de otro el interés general de privar a esta persona de libertad cuando es necesario en el ámbito de un procedimiento penal”.

Para lo que aquí importa, la sentencia de la Gran Sala, aparte de reiterar parcialmente el fallo anterior, considera que también ha habido violación del art. 5.4 CEDH, ya que se estima la privación de la libertad como una injerencia grave en el ejercicio de los derechos fundamentales que no se justifica más que cuando “otras medidas menos severas, hayan sido consideradas y juzgadas insuficientes para salvaguardar el interés personal o público exigido en la detención”. Es en este sentido en el que se procede a la condena de Turquía ya que las autoridades no “han podido demostrar que los jueces nacionales habían efectivamente considerado la aplicación de medidas alternativas a la detención provisional, que están previstas en el derecho interno”. En concreto resulta

determinante para la resolución del caso la ausencia de las razones por las que la aplicación de medidas alternativas a la detención hubiese sido insuficiente en el caso concreto, ni hubiese sido justificada por los órganos jurisdiccionales. Así el Estado Turco no pudo demostrar que los jueces nacionales habían tenido en cuenta efectivamente la aplicación de medidas alternativas a la detención provisional previstas en el ordenamiento interno.

Por lo que se refiere al enunciado del art.3 del Protocolo nº 1, aprecia el Tribunal de Estrasburgo que la imposibilidad práctica de participar el recurrente en las actividades de la Asamblea Nacional por la prisión provisional acordada y luego prorrogada, constituye un atentado injustificado a la libertad de expresión de la opinión del pueblo y al derecho de ser elegido y ejercer su mandato parlamentario. En consecuencia concluye la Corte que la prisión provisional del recurrente era incompatible con el derecho a ser elegido y a ejercer su mandato parlamentario contenido en el art. 3 del Protocolo nº 1.

En cuanto a la vulneración alegada del derecho a obtener una resolución en plazo razonable frente a los trece meses que transcurrieron hasta que se pronunció el Tribunal Constitucional turco no se estima esta alegación. Sin embargo, si apreciará el TEDH la duración de la situación de privación provisional de libertad por entender que no se ha justificado en modo suficiente las motivaciones que hubieran fundamentado su prolongación, frente al alegado riesgo de fuga esgrimido por parte de la representación del Estado turco.

III. EL DEBATE EN TORNO A LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES PARA LA ADOPCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La reflexión pertinente a llevar a cabo recae sobre la suficiencia o insuficiencia de la motivación por parte de los órganos jurisdiccionales de mantener la privación de libertad de los procesados por los sucesos de otoño de 2017 en Cataluña que dieron lugar a la declaración del art. 155 CE, en tanto no se dictó sentencia en el asunto. No es relevante la duración de la misma cuanto la necesidad de su mantenimiento y prolongación frente a las peticiones de las defensas de los procesados. Como ya se ha anticipado con el precedente del TEDH en el asunto Selahattin Demirtas, la controversia recae en cierta medida en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y su ponderación del riesgo de huir de la acción de la justicia, frente al ejercicio pleno de los derechos, acaso reforzada por conductas llevadas a cabo por otros actores políticos, con su fuga de la acción de la justicia española, si bien la discrepancia fundamental observada en los votos particulares de algunos magistrados del TC recaiga en

si constituye razón suficiente para justificar la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares ese temor o riesgo de fuga o la reiteración delictiva.

Se ha indicado como el elemento central del precedente del asunto Selahattin Demirtas recae sobre la incidencia de la privación provisional de la libertad en el ejercicio de su derecho de participación política como parlamentario y colider de su partido. Es esta dimensión la que debe ser analizada con mayor precisión. En aquella ocasión se declaró por el TEDH la utilización por los tribunales turcos de motivaciones estereotipadas y no precisas y concretas en las que se evidenciaron de forma individualizada los riesgos que supondría la puesta en libertad del parlamentario turco y, singularmente, el riesgo de fuga. Por tanto corresponde dilucidar si nuestros órganos jurisdiccionales aplicaron un estricto control de proporcionalidad durante el procedimiento en relación con las medidas cautelares acordadas restrictivas de libertad. La restricción de la libertad con consecuencias para el ejercicio de la actividad parlamentaria es considerada por el TEDH como muy relevante. Aquí, más allá de la consideración relativa al objetivo o finalidad de la privación de libertad, esto es, imposibilitarle su participación en el debate político como figura relevante de su partido en la Asamblea parlamentaria, nos sitúa en el debate sobre la ponderación suficiente por parte de los órganos jurisdiccionales respecto de la proporcionalidad entre la privación de la libertad y la imposibilidad de desarrollar su mandato parlamentario. Corresponde pues al TC determinar en cada caso la suficiencia de la motivación del órgano jurisdiccional que acordó o confirmó la prisión provisional de los procesados y luego condenados, que habiendo concurrido a diversas convocatorias electorales resultaron elegidos en dichos comicios.

No obstante, si conviene recordar cómo tras la sentencia del TS de 14 de octubre, el TC manifiesta el mantenimiento del interés por garantizar el derecho de los recurrentes aun cuando haya concluido el proceso penal ya que la sentencia del TS: “no ha supuesto la reparación (...) de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados en amparo”. Se razona además desde el alto Tribunal el porqué del retraso en la resolución del recurso de amparo que no es otra que la regla según la que en tanto no se haya pronunciado el tribunal sobre la condena o absolución “resulta prematura la invocación de lesiones que podrán ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso”.

Son diversas, sin duda, las resoluciones que han versado sobre la situación de los afectados por la adopción de medidas cautelares restrictivas de la libertad. En un primer momento es el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 16 de octubre y el posterior de 6 de noviembre de 2017 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional los que afectan a la libertad de los posteriormente

procesados. Con distinto alcance los Autos del Magistrado instructor de 4 de diciembre de 2018 y 23 de marzo de 2019 y los correspondientes de la Sala de lo Penal de 5 de enero de 2019 y de 9 de marzo de 2019 relativos a la sesión de investidura serán objeto de impugnación ante el TC. Más tarde se hará mención a otras resoluciones que afectaron a la denegación de permisos penitenciarios como a acuerdos de la mesa de la Cámara que constituyen un nutrido conjunto de resoluciones recurridas, recursos resueltos y luego confirmados en apelación hasta concluir en diversas sentencias de nuestro alto Tribunal en las que por la reiteración de los recurrentes como por la remisión para su resolución en sentencias anteriores, resulta prolija su exposición y comentario de todas ellas como de los votos particulares que recogen la posición minoritaria discrepante formulada por algunos de los integrantes del Tribunal.

En efecto, con ocasión de la resolución de los sucesivos recursos de amparo presentados por los condenados por la Sala de lo Penal del TS, se aprecia que si bien el sector mayoritario del alto Tribunal reitera la adecuación del órgano jurisdiccional en la tramitación y resolución del procedimiento penal, igualmente se señala por parte de algunos magistrados en los votos particulares, con invocación de la doctrina contenida en la sentencia de la Gran Sala en el caso Selahattin Demirtas, la discrepancia en la tarea que debe llevar a cabo la jurisdicción constitucional así como cuestiona la adecuada ponderación efectuada de todas las circunstancias concurrentes en las resoluciones impugnadas.

Por cuanto se refiere a la primera cuestión, la discrepancia entre los miembros del Tribunal es total, desde el sector mayoritario se afirma que “el juicio (...) jurisdiccional constitucional de amparo debe limitarse a efectuar un control externo del razonamiento de las resoluciones impugnadas”. Sin embargo, los magistrados que formulan los votos particulares en las sucesivas sentencias consideran que el Tribunal como supremo intérprete en materia de garantías constitucionales “tiene plena jurisdicción para establecer el parámetro de protección” del derecho fundamental objeto de consideración que no es otro que el de participación política, acceso al cargo representativo y el ejercicio del mismo. Por tanto, estamos ante una discrepancia de calado entre los miembros del TC dado que se difiere respecto del alcance del juicio que se debe llevar a cabo para la resolución de los recursos de amparo planteados relativos a la efectividad del ejercicio del derecho de participación política.

La segunda cuestión en la que nos interesa reparar es la relativa al adecuado juicio de proporcionalidad llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales con ocasión de los autos dictados por el Magistrado instructor y los posteriores

autos de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del TS. Es por ello que procede analizar las sentencias del TC que han resuelto hasta el momento los recursos de amparo planteados por los condenados en el proceso penal de referencia. Además, en los votos particulares se contienen algunas consideraciones relativas a los autos del Magistrado instructor como de la Sala de Recursos en los que, a juicio de los firmantes de los mismos, las resoluciones judiciales adolecen de una ponderación más específica entre el derecho fundamental limitado y los intereses del proceso penal. Una referencia sucinta a algunos de estos votos contribuirá a destacar aquellas consideraciones quizá insuficientes de los órganos jurisdiccionales que sin embargo no dieron lugar a sentencias estimatorias de los recursos de amparo presentados.

III.1. EL MANTENIMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

III.1.A. Sobre la situación inicial de privación de libertad (SSTC 155/2019 y 3/2020)

En orden a una más precisa limitación temporal de la incidencia de la medida cautelar de prisión provisional en conexión con el ejercicio del derecho de participación política, y para un más fácil seguimiento de la cronología baste recordar que cuando se adopta la medida cautelar¹² que afecta al sr. Junqueras¹³ no era titular de función representativa alguna (2/11/2017), sin embargo al tiempo de dictar Auto el Magistrado instructor concurría la condición de candidato a las elecciones autonómicas en Cataluña (4/12/2017). Con posterioridad al otorgamiento de dicho mandato, y con ocasión del Auto de la Sala de Recursos de la Sala II del TS, el recurrente ya reunía la condición de candidato electo, llegando a ejercer dicha función con posterioridad a través de la delegación de voto (5/1/2018). En suma, como recogerá con posterioridad nuestro alto Tribunal el período total transcurrido desde que se dictó el Auto de prisión provisional hasta la última resolución impugnada en el recurso de amparo resuelto por la STC 155/2019 fue de dos meses y tres días.

Interesa pues detenernos en el examen que el TC lleva a cabo de los Autos del Magistrado instructor como de la Sala de Recursos al objeto de constatar el control que se llevó a cabo sobre la motivación de estas resoluciones para mantener la privación de la libertad y su proporcionalidad respecto de la incidencia de las mismas en el ejercicio del derecho de participación política en un período de tiempo previo a que se dictase el Auto de procesamiento.

Entre los argumentos utilizados por el Magistrado instructor para mantener las medidas cautelares que afectan a la privación de libertad hemos de destacar el que afecta al “riesgo de reiteración de sus conductas”, que según se expone por aquél “impone (...) un mayor grado de rigor y cautela, a la hora de conjugar el derecho a la libertad de los investigados y el derecho de la comunidad de poder desarrollar su actividad cotidiana en un contexto despojado de cualquier riesgo previsible de soportar comportamientos que lesionen de manera irreparable, no solo su convivencia social o familiar, así como el libre desarrollo económico y laboral, sino la propia integridad física”.¹⁴ Esta resolución fue objeto de recurso de apelación con fundamento, entre otros, en el ejercicio del derecho a la participación en la campaña electoral como a la representación política de resultar elegido en los comicios correspondientes.

Los razonamientos contenidos en el Auto de 5 de enero de 2018 de la Sala de Recursos se concretan en no cuestionar por esta la relevancia del derecho de participación política en un sistema democrático, si bien para garantizar la efectividad del mismo, no puede ignorarse las consecuencias que se derivan de un proceso penal con imputaciones de delitos muy graves que “pueden determinar la adopción de medidas cautelares limitativas o privativas de derechos, que no impidieron el ejercicio de la participación política tanto concurriendo como candidato a las elecciones como ejerciendo el derecho de voto y resultando elegido”. Para añadir a continuación que “la proporcionalidad de la medida en relación con el ejercicio del derecho alegado podrá 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”. Además se señala que cuando se concurrió al proceso electoral ya era conocida la incoación del proceso penal y, por tanto, resultaban previsibles algunas consecuencias para el ejercicio de la función representativa derivadas del citado proceso.

Aun cuando el alcance del recurso de amparo resuelto por STC 155/2019 era mucho más amplio,¹⁵ nos vamos a centrar en las siguientes páginas en la invocación por la defensa de la vulneración del derecho a la participación política y a la representación (art. 23 CE). No corresponde aquí entrar en cuestiones de ámbito penal si bien recogemos la invocación por el recurrente de que los hechos no constituyen los tipos penales sobre los que basar el supuesto “riesgo de reiteración delictiva”.

Desde la defensa del recurrente se señala como las resoluciones en las que se acuerda el mantenimiento de la prisión provisional vulneran los derechos políticos del mismo como parlamentario, así como de los ciudadanos a los que representa, si bien se reitera también las consecuencias que se derivan para

los ciudadanos en la medida en que, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, los representantes “no son de quienes los votaron sino del conjunto del cuerpo electoral” (STC 10/11983).

Parte el alto Tribunal de reiterar la naturaleza del derecho de participación política de configuración legal, y, por tanto, su carácter limitado “en su contenido (...) tanto por su naturaleza como por su función”, asumiendo plenamente los criterios fijados por el TEDH respecto de dichas limitaciones previstas en la ley, responder a fin constitucionalmente legítimo, adoptadas en resolución motivada y que no resulten “desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por ellas”. Sin embargo, no se aborda por el TC ni en esta sentencia ni en las posteriores una reflexión más profunda relativa al contenido esencial del derecho de participación política y al ejercicio de cargo representativo. Se elude la posibilidad de analizar con detenimiento desde esta segunda perspectiva del ejercicio del cargo representativo el contenido esencial del mismo, al objeto de resolver la posible incidencia de las medidas provisionales en este.

En efecto, los miembros del alto Tribunal abordan el enjuiciamiento a partir de la consideración llevada a cabo el TC de la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH y el mayor valor de la democracia en el “orden público europeo”, si bien no ignora que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para fijar “condiciones” para el ejercicio del derecho de participación política en su vertiente activa como pasiva, sin perjuicio de que el TEDH verifique si las mismas se adecuan al citado precepto.¹⁶ En este sentido el alto Tribunal reflexiona sobre la noción de “limitación implícita” que se contiene en el citado precepto del Protocolo núm. 1 para apreciar el tipo de control a realizar por el TEDH que resultará más amplio respecto del ejercicio del derecho activo y la proporcionalidad de las normas que regulan su ejercicio frente al pasivo. En este segundo caso, el TEDH ha afirmado que “se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procesos internos que conducen a privar a un individuo de la elegibilidad” (Zdanoka c. Lituania, STEDH, 30 de junio de 2009).

Pero es precisamente desde la perspectiva de la injerencia en el ejercicio del derecho de participación donde se centra el alto Tribunal para afirmar primero, reiterando la jurisprudencia del TEDH, que la aplicación de una medida provisional, como en este caso la privación de libertad provisional a un candidato a las elecciones o a un electo, no constituye automáticamente una vulneración del CEDH siempre que supere el test de legalidad, proporcionalidad, y finalidad legítima que en este caso identifica el TC como “garantizar el correcto desarrollo de las actuaciones penales entabladas

contra el diputado o candidato detenido”. Para apreciar a continuación que en las resoluciones judiciales se ha llevado a cabo la “ponderación de la incidencia” de la prisión provisional en el ejercicio del derecho fundamental al cargo representativo del recurrente en amparo, pues aquellas resoluciones acordando el mantenimiento de la prisión provisional responden a “una finalidad constitucionalmente legítima cual es la de precaver el riesgo de reiteración delictiva”.¹⁷

Finalmente y por cuanto afecta a la duración de la prisión provisional objeto de este recurso de amparo, la extensión a dos meses y tres días es considerada por el alto Tribunal como no “desproporcionada” dadas las circunstancias que concurrían en los hechos de los que trajo su causa. Tampoco se aprecia desproporción en la afectación al ejercicio del derecho de acceso y ejercicio del cargo público representativo derivado de la privación de libertad, ya que se estima que son respetuosas con el principio de proporcionalidad, pues atendiendo a la secuencia temporal de los hechos al adoptarse la medida cautelar no se ostentaba cargo alguno, si bien con posterioridad tan sólo era candidato a unos comicios, con lo cual la incidencia lo fue tan solo respecto de las posibles actividades que se podría haber llevado a cabo por el mismo en la campaña electoral, si bien se podían haber adoptado medidas alternativas a la prisión provisional con menor injerencia en el derecho de participación política, que sin embargo no se apreciaron por los órganos jurisdiccionales como ha quedado expuesto.

Por otra parte, consideran los magistrados que firman este voto particular (Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos y Balaguer Callejón) que el fallo del recurso de amparo debió ser estimatorio de la vulneración del derecho a ejercer las funciones representativas (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 llevado a cabo por los miembros del Tribunal la “ponderación referida a la afectación de este derecho” con ocasión del mantenimiento de la situación de prisión provisional de quien era candidato proclamado a unas elecciones autonómicas (Auto Magistrado instructor) y diputado autonómico electo (Auto Sala de Recursos). Reiteran el carácter no absoluto de los derechos fundamentales pero hacen hincapié en que las limitaciones al ejercicio de los derechos para ser constitucionalmente legítimas, el órgano judicial debe efectuar un juicio de proporcionalidad, en que pondere de “manera específica y autónoma la afectación que la prisión provisional” tendrá en el derecho fundamental afectado. Pero también se elude en el planteamiento de los magistrados discrepantes una consideración expresa al contenido esencial del derecho y la incidencia en este de las medidas

provisionales adoptadas limitativas de libertad, que acaso hubiera permitido una fundamentación más completa del voto particular y que en los formulados a las sucesivas sentencias posteriores tampoco se llevará a cabo. En efecto el análisis que se realiza del alcance y contenido del derecho fundamental a la participación política en la vertiente de acceso a cargo público representativo así como al ejercicio del *ius in officium*, se centra en las posibles restricciones al mismo que han podido tener lugar por la adopción de las medidas limitativas de libertad, pero no se aborda en profundidad el estudio del contenido esencial del acceso a cargo público y su ejercicio, desaprovechándose una ocasión apropiada para clarificar los límites y efectividad del ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes como consecuencia de las medidas restrictivas de libertad acordadas por los órganos jurisdiccionales.

Aun cuando las vulneraciones de derechos afectasen al derecho a la libertad del recurrente como a su derecho a la representación política, por la adopción de una medida cautelar de prisión provisional en el ámbito de un proceso penal, este tipo de vulneraciones tan sólo ha sido abordado, como antes se señaló, por el TEDH en el asunto Selahattin Demirtas c. Turquía por lo que en dicho voto particular se profundiza en la interpretación de la sentencia que resolvió dicho asunto. Para ello parten los magistrados discrepantes de la dimensión estructural del derecho de representación política, de la “ausencia del recurrente del Parlamento de Cataluña” en el marco de la división de poderes y el sistema de equilibrios entre poder legislativo y judicial. También se repara en que si bien en la legislación estatal prevalece la inmunidad procesal ante la privación de libertad sin previo suplicatorio, en el Parlamento de Cataluña solo opera el aforamiento dado que los Estatutos de Autonomía no han previsto la necesidad de suplicatorio previo.

El derecho fundamental a la participación política en su dimensión institucional, apuntan los magistrados discrepantes, “no se satisface con la mera posibilidad de ejercicio del voto (...) sino con la plena participación en el proceso deliberativo y decisorio”, de tal modo que para su ejercicio habitual se exige sea ejercido de forma personal y de “modo presencial y concentrado” en sede parlamentaria. Como ha señalado el TEDH los derechos que son objeto de garantía en el art. 3 del Protocolo núm. 1 que “son inherentes al concepto de un sistema verdaderamente democrático, serían simplemente ilusorios si los representantes elegidos o sus votantes pudieran ser privados arbitrariamente de ellos en cualquier momento”. Por tanto, y a tenor de la resolución del asunto Selahattin Demirtas c. Turquía¹⁸ y la efectividad del ejercicio del derecho fundamental, se considera que “el órgano judicial penal tiene la obligación de

ponderar la afectación que la prisión provisional de ese concreto representante político va a tener sobre el normal desenvolvimiento del sistema de democracia parlamentaria y la suficiencia de otras medidas alternativas a la privación de libertad cautelar menos perturbadoras para la función parlamentaria”.

Es aquí donde hacen hincapié los firmantes del voto particular, esto es el juicio de proporcionalidad de la incidencia de la privación provisional de libertad del recurrente en amparo en las garantías que configuran el derecho de representación, al entender que la adopción y posterior aplicación y mantenimiento de la medida cautelar en el proceso penal, privando de libertad a un representante de los ciudadanos, “incide también de manera esencial en el ejercicio de sus derechos de representación política”.¹⁹

Finalmente el voto particular se centra en el juicio de proporcionalidad llevado a cabo en el auto del Magistrado Instructor en relación con el derecho de representación política, para concretar el análisis en la ausencia del juicio de proporcionalidad entre las consecuencias de impedir la participación en la campaña electoral y el riesgo de la reiteración delictiva, a fin de destacar la ausencia de una valoración concreta respecto de la prevalencia de la enervación del riesgo de reiteración delictiva y, por ello, la no justificación de la “afectación del derecho de representación política”.

En efecto, los magistrados discrepantes consideran que en el juicio de proporcionalidad debía estar presente “el peso específico de los intereses en conflicto”, esto es, “el derecho de representación política del recurrente y el interés público en enervar los riesgos derivados de una posible reiteración delictiva”, ya que “su eventual sacrificio supone una efectiva y actual incidencia en el ejercicio del derecho”, mientras que el sacrificio de enervar el riesgo de la reiteración delictiva, “no supone una daño actual, sino meramente potencial”. Además, cuando se resuelve en apelación el mantenimiento de la prisión provisional el recurrente ya era candidato electo, de tal modo que la afectación a su derecho de representación política “era especialmente intensa” pues se le impedía la presencia en la Cámara y la participación en las tareas parlamentarias, sin tener en cuenta además su condición de presidente del partido y candidato a la Presidencia de la Comunidad Autónoma. Todo cuanto antecede se debe según los magistrados discrepantes del fallo del Pleno al hecho de que no se planteó ni por el Magistrado Instructor ni por la Sala de Recursos “alternativas menos lesivas” para el derecho de participación política que quedaría anulado como consecuencia del mantenimiento de la privación de libertad.²⁰

El segundo voto particular formulado en la sentencia corresponde al Magistrado Martínez-Vares García que, si bien es concurrente con el sentir mayoritario del Tribunal, señala la necesidad de haber sido más prolijos en la fundamentación de la resolución y precisa las razones por las que considera que no es de aplicación a este recurso la resolución del TEDH en el asunto Selahattin Demirtas c. Turquía. Entendemos que ambas argumentaciones del Magistrado resultan oportunas por cuanto que, como queda dicho, se hubiera requerido un mayor análisis del contenido esencial del derecho y, por otra parte, parece evidente que el contexto en Turquía en el que se desarrollan los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal de Estrasburgo distan bastante de nuestro sistema institucional.

La resolución relativa a la libertad del parlamentario también ha sido objeto de consideración por el TC con ocasión de la STC 3/2020 en la que en parte se reiteran argumentaciones ya vertidas en la anterior STC 155/2019. Se resuelve con esta sentencia el recurso de amparo frente al auto de la Sala de Recursos de 20 de marzo de 2018 que resolvió el auto apelado del Magistrado instructor de 6 de febrero de 2018 relativo al mantenimiento de la prisión provisional de un diputado autonómico (sr. Sánchez) inicialmente acordado por el Juzgado Central núm. 3 por Auto de 16 de octubre de 2017. La alegación fundamental del recurrente recae en la insuficiente fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas en la previsión de riesgos “absolutamente difusos e inmotivados de reiteración delictiva” reiterándose, como ya sucediera por otros recurrentes, en la existencia de otras medidas cautelares que pudieran haberse acordado por el Magistrado instructor con idéntica adecuación a la evitación de la reiteración de conductas. Además la adopción de la medida cautelar le imposibilitaba la asistencia y defensa de su candidatura a la Presidencia de la Generalitat.

Sin embargo el sector mayoritario del TC considera que la prisión provisional del recurrente encuentra su justificación en la existencia de “indicios racionales” sobre la participación de aquel en hechos “presuntamente constitutivos de delitos graves”. El mantenimiento de la privación de libertad responde así a “precaver el riesgo de reiteración delictiva” así como el carácter no desproporcionado de la duración de la medida cautelar de prisión provisional.

En opinión de los firmantes del voto particular (Magistrados Valdés Del-Ré, y Xiol Ríos) en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales recurridas en amparo “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 y la persistencia de un riesgo de reiteración delictiva”. En concreto se señala que “hay que considerar que esta resolución no contiene la ponderación constitucionalmente requerida para justificar la afectación del derecho de representación política”. Respecto del auto de la Sala de Recursos se señala como adolece de cualquier consideración relativa a la “adopción de medidas cautelares alternativas” a la privación provisional de libertad que hubieran posibilitado “hacer efectivo el ejercicio de su *ius in officium*” dada su condición de candidato electo al parlamento de Cataluña. De tal modo que frente al derecho de representación del recurrente prevalece el “interés público en enervar los riesgos derivados de una posible reiteración delictiva” cuando aún no se había pronunciado en sentencia el órgano jurisdiccional respecto de la comisión delictiva cuya reiteración se pretende evitar. Además, adolece el auto de todo razonamiento relativo a la posible adopción de otras medidas contempladas en la legislación procesal que supusieran “un ámbito de constricción menos intenso” para el recurrente en amparo.

III.1.B La incidencia en el ejercicio del derecho de participación de la denegación del permiso penitenciario para la intervención en la sede parlamentaria, adquisición de la condición de parlamentario y participación en el debate de investidura

Dos son las resoluciones del TC sobre las que hemos de detenernos que resuelven los recursos planteados por los candidatos electos para acudir a la sesión de investidura del presidente de la Generalitat.

En la STC 4/2020 se resuelve el recurso de amparo interpuesto por el sr. Sánchez contra el Auto del Magistrado instructor de 9 de marzo de 2018 y el subsiguiente de la Sala de Recursos que resolvió la apelación del mismo de 17 de abril de 2018. Ambas resoluciones recurridas son relativas a la denegación de un permiso penitenciario extraordinario para intervenir en el debate de Investidura parlamentaria como candidato a la Presidencia de la Generalitat de Cataluña. El Pleno del Tribunal por mayoría desestima el amparo interesado entre otras razones ya señaladas como la “posible reiteración delictiva” motivada por el comportamiento del demandante que evidenciaba su “compromiso delictivo, con una “determinación tan obcecada”, sino también con el contexto político que hacen prever a los órganos jurisdiccionales “la producción de eventuales alteraciones de la normal convivencia ciudadana”. Además por el alto Tribunal se considera que los órganos jurisdiccionales “han ponderado” en forma “constitucionalmente adecuada” la existencia de datos que permiten “fundamentar la existencia de

un riesgo relevante de reiteración delictiva”. En este sentido, la conducción interesada desde el centro penitenciario al Parlamento de Cataluña a juicio de los magistrados “pudieran suponer una alteración de la seguridad pública” que justifica en las circunstancias concurrentes la privación del ejercicio de la función representativa del demandante aun cuando no se pueda negar la trascendencia del acto previsto en la sede parlamentaria.

La consecuencia de la denegación del amparo interesado es destacada en el voto particular que formulan los Magistrados Xiol Ríos y Valdés Dal-Ré dado que con dichas resoluciones se imposibilitó la presencia del recurrente en la sede parlamentaria, en la defensa y el debate relativo a la investidura como presidente de la Generalitat, que se considera un acto especialmente cualificado y de la más elevada significación” en una democracia parlamentaria. El óbice fundamental que se formula por los magistrados discrepantes lo es respecto de la insuficiente ponderación en los autos recurridos de “medidas penitenciarias facilitadoras del derecho de representación política”, ya que como es notorio en aquel momento vigente la aplicación del art. 155 CE correspondía al Gobierno de la nación la adopción de medidas de seguridad ciudadana y orden público, que “no se reflejan en la ponderación efectuada por las resoluciones impugnadas para valorar y contextualizar la probabilidad real de actualización de los riesgos” que podría conllevar la concesión de dicho permiso y ejercicio efectivo del derecho fundamental de participación política. En resumen, más allá de la afectación al sistema democrático ya indicado en anteriores votos particulares, se indica que “no se ha 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”.²¹

La denegación de autorización para acudir a la sesión constitutiva del Parlamento y la sucesiva de investidura también fue objeto de impugnación por el sr. Junqueras. La STC 9/2020 que se dictó en relación con el recurso de amparo formulado contra el auto de 14 de marzo de 2018 de la Sala de Recursos resolvió el recurso de apelación contra el auto del magistrado instructor de 12 de enero de 2018 que denegó el permiso para asistir a la sesión constitutiva del Parlamento de Cataluña

El recurrente había obtenido la condición de candidato electo en las elecciones autonómicas de 21 de diciembre de 2017 (proclamado por la Junta Electoral de Barcelona el 27 de diciembre de 2017) encontrándose en situación de prisión provisional e interesa del Magistrado instructor autorización para poder acudir a la sesión de constitución del Parlamento de Cataluña como a una sucesiva sesión de investidura del presidente de la Generalitat de Cataluña.

Por Auto de 12 de enero de 2018 se deniega el traslado de centro penitenciario si bien se acuerda que “se habiliten los instrumentos precisos” para que el recurrente junto a otros investigados también en idéntica situación provisional “puedan acceder a su condición de parlamentarios, en los términos exigidos en el art. 23 del Reglamento del Parlamento, pese a la situación de prisión provisional, comunicada y sin fianza, en la que actualmente se encuentran”. Además, se declara “la incapacidad legal prolongada (...) para cumplir el deber de asistir a los debates y las votaciones del Pleno del Parlamento (...) por lo que, si los investigados lo solicitaran, corresponde a la Mesa del Parlamento arbitrar (...) el procedimiento para que deleguen sus votos (...) mientras subsista su situación de prisión provisional”.

Hemos de destacar que en el citado Auto se atiende a la regulación precisa que contiene el Reglamento del Parlamento en relación con la adquisición y pérdida de la condición de parlamentario autonómico. Así respecto de la adquisición de la condición de parlamentario es claro el Reglamento, exige para la efectividad del pleno ejercicio de la condición de diputado, la presentación ante el Registro General de la institución de la credencial de la Junta Electoral y la declaración de actividades y bienes, así como la promesa o juramento de respetar la Constitución y el Estatuto de Cataluña. Por otra parte, las causas de pérdida de dicha condición son la renuncia, el deceso o incapacidad judicialmente declarada, la extinción del mandato y la sentencia judicial firme que anule la elección o proclamación. (art. 24). Procederá la suspensión de los derechos y deberes parlamentarios previo dictamen motivado de la Comisión del Estatuto de los Diputados “Si es firme el acto de procesamiento o de apertura de juicio oral y el Pleno del Parlamento lo acuerda por mayoría absoluta” que igualmente será necesaria para la adopción del acuerdo en caso de condena por sentencia firme a pena de privación de libertad que “imposibilite su asistencia a las sesiones plenarias” (art. 25).

Reviste especial interés el planteamiento de la cuestión por parte del Magistrado Instructor puesto que no se trata según se señala en el citado Auto de determinar la procedencia o la suspensión de los derechos de representación cuanto del “modo de ejercer esa representación”. En concreto se puede formular la controversia en los siguientes términos: si “en el estado procesal actual, puede fijarse una restricción a su derecho de representación de menor rigor que la suspensión, o bien, por el contrario, debe desactivarse la operatividad de la medida cautelar de prisión cada vez que ésta perturbe sus funciones de representación”, que constituye la petición de la defensa.

Al objeto de resolver la procedencia del permiso penitenciario se considera pertinente llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego para la

que se atiende en primer lugar a la existencia de doctrina de nuestro alto Tribunal relativa a la “inexistencia de un derecho ilimitado a disfrutar de permisos penitenciarios”. Además, la “proporcionalidad de restricciones más limitativas” en aplicación del 384bis Lecrim ya había sido confirmada por la Sala de Recursos del TS. Finalmente se atiende a la previsión del art. 3 LOGP en cuanto al ejercicio de los derechos políticos por parte de los internos. Por todo lo anterior el Magistrado Instructor entiende que existe una “incapacidad legal de que los investigados en situación de prisión preventiva puedan ejercer su derecho de representación de manera prolongada e indefinida”. El Auto fue recurrido en reforma y desestimado por Auto de 29 de enero de 2018 con la denegación del permiso extraordinario de salida del establecimiento penitenciario que se había solicitado.

En la resolución del caso por parte del sector mayoritario del TC se reiteran argumentos ya recogidos en las sentencias anteriores. Sin embargo, en el voto particular que acompaña a la sentencia, se señala al respecto que no se llegaron a ponderar en dichas resoluciones judiciales otras medidas en cuanto a la conducción y asistencia del recurrente a la sesión del Parlamento de Cataluña “para evitar o disminuir esos riesgos” en orden a hacer posible el ejercicio de la función parlamentaria del recurrente. Con expresa cita de la resolución de la Gran Sala aquí comentada se recuerda que los derechos reconocidos en el art. 10 CEDH así como en el art. 3 del Protocolo núm. 1 “son interdependientes y se refuerzan mutuamente”. Interdependencia que resulta más relevante cuando se trata de representantes democráticamente elegidos que son “mantenidos” en detención provisional por haber expresado sus opiniones políticas”. Para añadir a continuación como “los parlamentarios representan a los electores y su libertad de expresión necesita una protección reforzada”. De donde deduce que la privación de libertad de un diputado contraria al art. 10 CEDH conlleva igualmente la violación del art. 3 del Protocolo núm.1. De tal modo que los magistrados que suscriben el voto particular reiteran la “insuficiente ponderación del derecho de representación política” en las resoluciones recurridas, con expresa manifestación en favor de la estimación del recurso de amparo y que por parte de los órganos jurisdiccionales se volviese a resolver sobre las peticiones formuladas con expresa ponderación de todas las circunstancias concurrentes.

III.1.C. La solicitud de permisos penitenciarios para el ejercicio del derecho de participación política en los procesos electorales

Los recursos de amparo planteados frente a las resoluciones judiciales relativas a la denegación de los permisos penitenciarios para la participación en

los procesos electorales y la comunicación con los medios de información presentan bastante coincidencias con los asuntos ya resueltos en los anteriores pronunciamientos del TC (SSTC 4/2020, 9/2020 y 23/2020), aun cuando entonces se desestimaron las pretensiones de permisos penitenciarios para la asistencia a la sede parlamentaria y la realización en ella de determinados actos propios de su condición de parlamentarios elegidos.

En la STC 36/2020 se dilucida el recurso de amparo interpuesto contra los autos en los que se deniega el permiso penitenciario para acudir a los actos electorales, atender a los medios de comunicación desde el centro penitenciario así como el acceso a internet en horario amplio en el ámbito de la difusión de propuestas en el contexto de la citada campaña electoral. En efecto, el Auto de 17 de diciembre de 2017 en el que el Magistrado instructor no desconoce el carácter aflictivo de la medida cautelar motivada por la evitación de situaciones de riesgo que se pretenden evitar con la privación de libertad, si bien considera que la misma no supone “una limitación evidente” para resultar elegido ni conlleva alteración “especial de la efectividad del derecho de participación democrática”.

El recurrente, sin embargo, argumenta que frente a la redacción de los arts. 47 y 48 LOGP relativos a la solicitud de permisos penitenciarios, el Auto recurrido tan solo recoge una “invocación” con “carácter genérico e indeterminado de reiteración delictiva” por lo que la denegación del permiso para la asistencia a un mitin con custodia policial conlleva, entre otros, la vulneración al derecho a la participación política.

Por su parte el TC reiterando pronunciamientos anteriores (SSTC 4 y 23/2020) en los que había estimado la proporcionalidad de los autos del Magistrado instructor respecto del riesgo de la reiteración delictiva como “interés prevalente” para fundamentar la denegación de los permisos penitenciarios, resuelve que en las resoluciones impugnadas se “expresa una adecuada ponderación” de los derechos e intereses constitucionales en juego, por lo que estima las limitaciones acordadas justificadas, proporcionadas y equitativas desestimando el recurso de amparo.

Esta sentencia contiene también un voto particular en el que por parte de los Magistrados firmantes (Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos y Balaguer Callejón) se pone de manifiesto la incidencia de la prisión provisional en el ejercicio del derecho de representación política en el ámbito de la campaña electoral. Es por esta razón que se considera que la afectación del derecho de participación del recurrente es “especialmente intensa”, sin que se hubiese planteado por los órganos jurisdiccionales la adopción de alternativas menos lesivas para

el interés constitucional sacrificado”, con la menor afectación posible del derecho de participación política.

IV. LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

IV.1. LA INVOCACIÓN DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y EL ENTENDIMIENTO DISPAR DE SU ADQUISICIÓN Y ALCANCE

La concurrencia de diversas normas pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, como ya se ha señalado, contribuye a configurar un panorama propenso a interpretaciones divergentes. Sucede así con las consecuencias de la cuestión prejudicial planteada por la Sala II del Tribunal Supremo al TJUE. La secuencia procesal previa puede ser resumida en los siguientes términos, tras la elección como miembro del Parlamento Europeo en las elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019, se solicita permiso extraordinario de salida del Centro Penitenciario por el sr. Junqueras, como ya había sucedido con anterioridad una vez resultó electo en las elecciones generales de 29 de abril de 2019,²² al objeto de comparecer ante la Junta Electoral y prestar el acatamiento a la Constitución preceptivo.²³ Sin embargo a la denegación del mismo le siguió recurso que resultó denegatorio por Auto del TS 14 de junio de 2019 frente al que se formuló recurso de súplica invocando expresamente “las inmunidades establecidas” en el art. 9 del Protocolo relativo a privilegios e inmunidades de la Unión Europea. Por tanto, es ante esta secuencia última que el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE y en ningún caso “en el marco de la preparación de la sentencia en la causa principal” a tenor del órgano que la plantea y por ello, no habría de condicionar el sentido de dicho “pronunciamiento”, si bien afirma la Sala II del TS “la eventual eficacia (...) refleja o indirecta” que habría de tener la autorización o denegación del permiso de salida.

Recuérdese que la fundamentación de la denegación del citado permiso se justificaba, pese al conflicto entre derechos fundamentales del recurrente en “primar la prisión provisional (...) sobre el derecho de participación política (...) con el fin de preservar los fines del proceso penal promovido en su contra, que correrían peligro irreversible si se le autorizara a abandonar el territorio nacional”.

Dos son las perspectivas sobre las que se puede abordar la resolución de la misma. De un lado, a efectos de su ubicación en el orden de los tribunales y sus competencias, así como de la oportuna secuencia temporal de su planteamiento

y, por otra parte, la perspectiva estrictamente jurídica del alcance, contenido y consecuencias del fallo del TJUE en el asunto C-502/19.

Desde una primera perspectiva, la de la interconexión de tribunales y niveles de protección hemos de reparar en diversas cuestiones que han concurrido en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Sin duda, la primera de ellas, es la oportunidad de su planeamiento por el TS. No parece que la Sala II albergase duda alguna respecto de la interpretación de la normativa aplicable al caso, tampoco suspendió la tramitación del procedimiento principal a la espera de la resolución del Tribunal de Luxemburgo, y, sin embargo, una vez dictada sentencia reitera a la instancia europea el mantenimiento de la cuestión. Aunque es cierto que en el Auto de remisión se especifica que se plantea la cuestión exclusivamente en el ámbito del recurso de súplica planteado por la defensa contra el Auto de 14 de julio de 2019 por el que se denegó el permiso de salida del centro penitenciario para llevar a cabo las formalidades ante la Junta Electoral Central para adquirir la condición plena de parlamentario europeo, justificando dicha denegación en la preservación de los “fines del proceso penal”.

Cabe decir, no obstante, que la cuestión giraba sobre la inmunidad y la privación de libertad, no sobre la responsabilidad penal, pero no por ello estaría ausente de contradicción el proceder de la Sala II ya que para ésta no existe duda en cuanto a la inmunidad que solo opera respecto de parlamentarios aún no afectados por la apertura de juicio oral al tiempo de su elección o adquisición de la condición de tal, mientras que en este caso la apertura del juicio oral habría tenido lugar con antelación a resultar candidato electo en las elecciones autonómicas. Contradicción que se extiende al distinto proceder de la Sala II del TS ya que si con ocasión de la solicitud de permiso para acudir a la Junta Electoral Central como resultado de las elecciones generales se resolvió de forma positiva y, sin embargo, cuando se solicita el permiso para adquirir la condición de parlamentario europeo se deniega. Además, la secuencia más previsible no hubiese sido otra que la de una vez resuelta en la jurisdicción ordinaria hubiera correspondido al TC el cuestionamiento de la violación, en su caso, de derechos fundamentales a lo largo del proceso penal previa formulación de los recursos de amparo correspondientes.

Sin embargo, con la secuencia en la que se ha producido la presentación de la cuestión prejudicial, el fallo en el proceso penal, la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y la resolución en amparo de recursos sobre la privación de libertad como la denegación de acceso a la Junta Electoral, la complejidad resultante no precisa mayor exposición, ya que durante el desarrollo del proceso penal en todo momento ha estado presente la futura impugnación ante

el TEDH del mismo por la hipotética conculcación de los derechos al proceso debido y la consiguiente nulidad de todo lo actuado. No otra parece la razón de ser última del planteamiento de la cuestión prejudicial.

Por cuanto se refiere a la perspectiva sustantiva, hemos de detenernos en el alcance y contenido de la inmunidad parlamentaria, en el inicio de la misma y en su compatibilidad con la situación de imputado de quien resulta candidato electo. El debate jurídico girará alrededor del art. 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión relativos a los miembros del Parlamento europeo.²⁴ Constituye por tanto objeto de controversia, la determinación de la existencia de inmunidad en el caso del candidato electo en prisión provisional y el alcance de la misma respecto a la concesión de permiso para acudir a la Junta Electoral y formalizar su condición de parlamentario.

En concreto, los términos en los que se plantea la cuestión son, el modo en que se ha de interpretar el citado art. 9 del Protocolo sobre inmunidades al objeto de determinar el momento desde el que se goza de la inmunidad, si desde la elección como plantea la defensa o tras la formalización de la condición de parlamentario. A continuación se abordan las consecuencias que se derivarían del reconocimiento de dicha inmunidad desde el momento de la elección, por cuanto surge un conflicto entre el permiso para la formalización como parlamentario y el interés de la justicia en el proceso penal con especial concreción en la gravedad de los hechos juzgados, así como el riesgo de reiteración en dichas conductas o de quedar fuera del alcance de la justicia como sucedió con otros coimputados. Por tanto, la determinación del momento en que se adquiere la inmunidad resultará decisiva. Pero el alcance de la propia competencia del Tribunal de Luxemburgo y de las normas europeas es objeto de debate que se reproduce en la vista oral del proceso penal en la medida en que, frente a la afirmación de la competencia de las autoridades nacionales para la organización de las elecciones europeas, desde la defensa se esgrime que la proclamación como electo procede de la aplicación de la norma europea. Sobre esta cuestión algunos autores han planteado bien la actuación *ultra vires*²⁵ del Tribunal de Luxemburgo en este supuesto, bien la necesidad de modificar las normativas internas de los Estados miembros, al objeto de acomodarla a esta nueva línea jurisprudencial.²⁶

El TJUE resolvió esta cuestión prejudicial en el asunto C-502/19 declarando la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo desde el momento en que tuvo lugar su elección con el consiguiente reconocimiento de la inmunidad desde esa fecha.²⁷ Aunque el elemento esencial a concretar no es otro que el de “determinar en qué momento se adquiere la condición de miembro” de la Cámara europea.

El contraste con la regulación nacional que fija los requisitos del electo para adquirir la condición de miembro del Parlamento europeo es notorio, ya que a tenor del art. 224.2 LOREG el acto de acatamiento de la Constitución constituye un requisito imprescindible que, de no producirse, conlleva la declaración de vacante del escaño, así como la suspensión de las prerrogativas correspondientes, en tanto no se produzca el citado acatamiento. Por tanto, de haberse formalizado el acatamiento y la adquisición de la condición de parlamentario, tan sólo podría ser detenido en caso de flagrante delito y su inculpación y procesamiento precisaría de “previa autorización de la Cámara respectiva” (art. 71 CE).

Pues bien, pese a que la Sala II dictó sentencia el 14 de octubre de 2019 trasladó al TJUE que “la petición de decisión prejudicial seguía manteniendo interés y vigencia, toda vez que la respuesta a las cuestiones formuladas en acto de remisión tendría eficacia con independencia de la situación de prisión preventiva o penado”.

Por parte del TJUE se admite la tramitación de la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado y con fecha 30 de octubre el TS notifica que “suspendía la ejecutividad de la pena de inhabilitación absoluta” contenida en la resolución del 14 anterior. La fundamentación esgrimida por el Gobierno español en la tramitación de la cuestión prejudicial descansa en que “el contenido material de la inmunidad se define por remisión al derecho interno de los Estados Miembros”. Aunque en las Conclusiones del Abogado General ya se anticipaba el sentido del fallo, el Tribunal parte de la competencia de los Estados miembros “para regular el procedimiento electoral y para proceder (...) a la proclamación oficial de los resultados electorales”, admitiendo expresamente que el Parlamento Europeo carece de competencia general “que le permita cuestionar la conformidad a derecho de la proclamación de estos resultados o controlar su adecuación al derecho de la Unión”. Pero a continuación se afirma que “al tomar nota de los resultados electorales proclamados oficialmente por los Estados miembros, el Parlamento necesariamente da por hecho que las personas han sido proclamadas oficialmente electos han pasado a ser miembros del Parlamento europeo, razón por la que le corresponde ejercer su competencia respecto de aquellas verificando sus credenciales”.

Queda así respondida la cuestión prejudicial planteada por el TS ya que se afirma por el Tribunal de Luxemburgo que “la adquisición de la condición de miembro del Parlamento (...) se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros”. La consecuencia práctica que se deriva de la anterior afirmación

es que respecto de la inmunidad de los miembros del Parlamento se goza de ella “antes de comenzar su mandato”.²⁸ La consecuencia personal no es otra que la adquisición de la condición de miembro del Parlamento europeo se produjo el 13 de junio, ya que en esa fecha tuvo lugar la proclamación oficial de los resultados por parte de la Junta Electoral Central. Pero sin duda, la consecuencia más relevante de este fallo lo es en orden al reconocimiento de la inmunidad ya que “esta se opone a que una medida judicial como la prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento de dirigirse al lugar en que debe celebrarse la primera reunión de la nueva legislatura para cumplir allí las formalidades requeridas por el Acta electoral”.

Por último, el TJUE muestra el camino al órgano jurisdiccional que planteo la cuestión “si el tribunal nacional competente estima que debe mantenerse la medida de prisión provisional impuesta a una persona que haya adquirido la condición de miembro del Parlamento europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al mismo la suspensión de la inmunidad “reconocida”.

IV.2. LA SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO POR LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR (SSTC 97/2020 Y 70/2021)

Otra de las facetas analizadas por el TC en sucesivos recursos de amparo es la del alcance de la inmunidad parlamentaria. En concreto se suscita la constitucionalidad de los acuerdos adoptados por la mesa del Congreso de los Diputados en resolución de 24 de mayo y de 11 de junio de 2019 en los que se acordaron la suspensión de la condición de diputado. En el caso del sr. Sánchez cabe recordar que en el contexto de la causa especial 20907-2017 una vez adquirida la condición de diputado electo al Congreso tras las elecciones de 28 de abril de 2019, interés de la Sala de lo Penal del TS solicitara autorización de la Cámara para la continuación del procedimiento con levantamiento de la medida cautelar de privación de libertad al objeto del ejercicio pleno del cargo de diputado. Como ya consta el auto de la Sala de lo Penal de 14 de mayo acordó desestimar la petición de suplicatorio, la suspensión del juicio oral o el levantamiento de la medida cautelar, si bien se autorizó la salida del centro penitenciario a los efectos de acudir a la sesión constitutiva de la Cámara. Los acuerdos posteriores de la mesa en aplicación del art. 384 bis Lecrim son constitutivos de la demanda de amparo ante la imposibilidad, a criterio de la defensa, de proceder a la suspensión de la condición de diputado sin previa tramitación de suplicatorio, lo que constituiría una vulneración del ius in officium del representante como de los derechos de su representado también reconocidos en el art. 10.3 TUE en relación con los arts. 5, 10.2 y 12 y los Protocolos 1 y 2 así como el art. 23.2 CE. Pero reviste especial interés

las referencias que el recurrente incorpora a la demanda de amparo relativas a la resolución de 12 de julio de 2018 de la Primera Sala de lo Criminal del Tribunal Superior de Schleswing-Holstein que desestimó la orden europea de detención y entrega del sr. Puigdemont así como la Opinión 6/2019 del Grupo de Trabajo sobre Detención arbitraria de las Naciones Unidas, en la medida en la que ambas constituían pronunciamientos inequívocos sobre la injerencia de medidas penales en el ámbito de la participación política. Dicha argumentación posibilitará más adelante al TC a reafirmar que los cometidos y facultades de los parlamentarios es “ajena al Derecho de la Unión”.

El debate respecto de la no aplicación o en su caso la inconstitucionalidad del art. 384 bis se reitera por la defensa del recurrente por lo que el TC reproduce nuevamente la afirmación de su constitucionalidad ya señalada en la STC 71/1994 y con carácter más reciente entre otras ya comentadas en las SSTC 11/2020,²⁹ 38/2020, así como el carácter no punitivo ni sancionador de la suspensión provisional que se aplica ex lege a los procesados por la presunta participación en un delito de rebelión. Por otra parte se afirma por el alto Tribunal, frente a la argumentada incompetencia de la mesa del Congreso para acordar la suspensión, que se trata de un mandato legal frente al que no cabe objeción posible. Por el recurrente se había alegado la vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad y del contenido esencial del derecho de sufragio. Entiende el TC que se ha producido una confusión entre la proporcionalidad de los acuerdos adoptados por la mesa y la proporcionalidad y necesidad de la prisión provisional. En el mismo sentido no se asume tampoco otras argumentaciones de los recurrentes afirmándose pues que la adquisición plena de la condición de diputado en ningún caso supone la perpetuación en la citada condición para llevar a cabo las actividades propias de la Cámara. Por lo que la adquisición de la condición como de la suspensión de tal condición tiene lugar “por ministerio de la ley”.

En concreto resolverá el TC reiterando que si bien el derecho a acceder a los cargos de naturaleza representativa implica también el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley, sin restricciones o perturbaciones ilegítimas”, se trata de un derecho de configuración legal y por tanto no es “incondicionado o absoluto”. Corresponderá pues a los órganos jurisdiccionales mediante resoluciones suficientemente motivadas y proporcionadas aplicar dichas limitaciones. Por tanto frente a las argumentaciones del recurrente con invocación de los preceptos del TUE ya indicados, así como referencias contenidas en la demanda relativas a la resolución de 12 de julio de 2018 de la Primera Sala de lo Criminal del Tribunal Superior de Schleswing-Holstein así como la Opinión 6/2019 del

Grupo de Trabajo sobre Detención arbitraria de las Naciones Unidas, precisará el alto Tribunal que tampoco pueda “invocarse para matizar o rectificar lo apreciado hasta ahora” en el ordenamiento de la Unión Europea.³⁰ Se efectúa sin duda por nuestro Tribunal de garantías constitucionales con apoyatura en la Declaración 1/2004 del TC de 13 de diciembre, una clara referencia al “marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este tribunal”. Para añadir después que “ni existe, ni es concebible hoy, Derecho de la Unión Europea que discipline el concreto estatus de los representantes elegidos para integrar los parlamentos de los estados miembros, la sujeción de estos representantes a normas generales de cada estado o los modos en que unas u otras asambleas nacionales ejercen el control sobre los respectivos gobiernos”. El TC obviamente desestima el recurso.

Igualmente debemos reparar en la STC 70/2021 en relación con la prerrogativa de la inmunidad de los parlamentarios electos (srs. Junqueras y Romeva) iniciado ya el juicio oral en la causa especial 20907-2017. El recurso de amparo se plantea respecto de los Autos de la Sala II TS de 14 de mayo confirmado en súplica por Auto de 3 de octubre de 2019 acordando no ha lugar a solicitar a las Cámaras, mediante remisión de suplicatorio, autorización para continuar el juicio oral. Los recurrentes consideran vulnerado su derecho a la participación política por no haberse solicitado el preceptivo suplicatorio a las Cámaras respectivas para continuar la tramitación de la citada causa especial. La controversia jurídica recae en la interpretación del art. 71.2 CE. También se invoca por los recurrentes la doctrina que se contiene en la STJUE de 19 de diciembre de 2019 que entienden extrapolable a los hechos y resoluciones que dieron lugar a este recurso de amparo.

Los recurrentes sostienen que la Sala de lo Penal del TS habría asumido la competencia constitucionalmente atribuida a cada una de las Cámaras, cuestión esta que ya fue desestimada por el órgano jurisdiccional. En efecto, el TS resolvió que desde la perspectiva constitucional “la autorización de la Cámara y el libramiento del correspondiente suplicatorio” se ubican en las fases del procedimiento penal previas a la apertura del juicio oral, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria a tenor del art. 71.2 CE solo tiene lugar dicha autorización “para dictar auto de procesamiento”, como se ha reiterado en su jurisprudencia constante y con la finalidad de que el proceso penal no afecte a la composición de la Cámara o al desarrollo de sus funciones.

Frente a los argumentos de la defensa se esgrime por el alto Tribunal la doctrina del TEDH conforme a la que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria debe interpretarse restrictivamente en supuestos en los que “no existe una conexión clara entre los hechos en cuestión y la actividad

parlamentaria” (STEDH de 20 de enero de 2003, asunto Cordova c. Italia y 20 de abril de 2006, asunto Patrono, Cascini y Stefabeku c. Italia). Incluso la secuencia temporal evidencia la desconexión entre los hechos que dieron lugar a su procesamiento, acusación y posterior juicio oral y el ejercicio del derecho de participación política y representación de los electores (ejercicio de funciones parlamentarias) en las respectivas Cámaras como consecuencia de la convocatoria y celebración de unas elecciones posteriores. En este sentido debemos reiterar que las elecciones generales en las que resultaron elegidos los recurrentes tuvieron lugar el 28 de abril de 2019 y el auto impugnado es de 14 de mayo posteriormente recurrido en súplica y confirmado por Auto de 3 de octubre de 2019.

Concluye el TC que la interpretación llevada a cabo por la Sala del TS respecto del art. 71.2 CE es conforme a la previsión constitucional y, por tanto, no resulta preceptiva la previa solicitud de autorización a las Cámaras dado el carácter sobrevenido de la condición de parlamentario iniciado el juicio oral, ya que cuando fueron proclamados ya habían transcurrido tres meses de la apertura del juicio oral.

Por cuanto se refiere a la invocación por los recurrentes de la extrapolación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/2019 ya comentada, el TC resuelve desestimándola dada la “patente ausencia de identidad de la materia afectada por aquella sentencia” y los hechos que han dado lugar a este recurso de amparo, como ya quedo recogido en la STC 97/2020 “ni existe, ni es concebible hoy, Derecho de la Unión Europea que discipline el concreto estatus de los representantes elegidos para integrar los parlamentos de los estados miembros”.

Con posterioridad se resolvieron por el TC³¹ otros recursos de amparo interpuestos por los procesados en los que concurría la condición de parlamentarios. Los recursos tenían por objeto igualmente la suspensión en el ejercicio de cargo público en aplicación ex lege del art. 384 bis Lecrim tras la adopción por el Magistrado Instructor del Auto de su procesamiento firme y prisión provisional de 21 de marzo de 2018 y la resolución del recurso de apelación por la Sala de Recursos de la Sala II del TS por Auto de 26 de junio de 2018 que fueron comunicados a la mesa del Parlamento, con la reiteración de la doctrina del Tribunal contenida en la STC 71/1994.³²

Los recursos interpuestos no cuestionan la constitucionalidad del art. 384 bis Lecrim pero si la aplicación al caso concreto al entender que la misma ocasiona, entre otros, una vulneración de su derecho a la participación y a la representación política. El alto Tribunal considera que los autos de los

órganos jurisdiccionales se adoptaron “de manera suficientemente razonada y proporcionada” aun cuando la adopción de la medida cautelar conllevara la suspensión en el ejercicio del cargo parlamentario (STC11/2020). Con posterioridad se resolvieron otros recursos interpuestos por otros procesados en los que concurría la condición de parlamentarios reproduciéndose por el TC los razonamientos ya explicitados con anterioridad (STC 23/2020).

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Entendemos que los miembros del TC, más allá del sentido de sus votos en la resolución de las sentencias aquí analizadas, han omitido una reflexión profunda sobre el alcance y contenido del derecho fundamental a la participación política en la vertiente de acceso a cargo público representativo, así como al ejercicio del *ius in officium*. Tanto el parecer mayoritario de sus miembros como los magistrados discrepantes han fundamentado las resoluciones desde la perspectiva de la incidencia de las medidas limitativas de libertad, pero no se ha abordado con carácter previo y en profundidad el estudio del contenido esencial del acceso a cargo público y su ejercicio, desaprovechándose una ocasión apropiada para clarificar los límites y efectividad de este ejercicio y la salvaguarda del mandato expresado por los electores en sus representantes.

No obstante, se debe reiterar la existencia de dos marcadas posturas entre los magistrados del TC en el modo de abordar incluso la tarea del mismo para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad reflejado en las resoluciones aquí analizadas. En efecto, se evidencia quizá una posición de *self restraint* por parte del sector mayoritario que, con la fundamentación en la configuración legal del derecho de participación política, desaprovecha la ocasión de profundizar en los perfiles de este derecho a través de una interpretación constitucional más precisa del mismo, aún a riesgo de poner en cuestión el proceder de los órganos jurisdiccionales a quien parece solo compete la precisión y alcance del derecho fundamental de acceso a cargo público y ejercicio del mismo. De igual modo, cabe señalar la cuestionable fortaleza de la posición minoritaria sostenida en el alto Tribunal que, acaso, hubiera precisado de una mayor profundización argumentativa respecto de la ausencia de un juicio de proporcionalidad en el que se hubiera llevado a cabo una ponderación más precisa de los elementos integrantes de dicha ponderación.

Aun cuando el referente de la sentencia recaída en el caso Selahattin Demirtas no puede ser obviado, cabe relativizar su alcance y aplicabilidad a la futura resolución de los recursos planteados ante el Tribunal de Estrasburgo por los condenados en la causa penal. Corresponderá a este revolver las

quejas relativas a la existencia de arbitrariedad o falta de proporcionalidad en la limitación de la libertad como consecuencia de la adopción y posterior mantenimiento de la medida cautelar. Además, el Tribunal de Estrasburgo tendrá que precisar si la restricción a la libertad de los recurrentes ha podido constituir una injerencia en la libre expresión de la ciudadanía que, a través de las consultas electorales, otorgaron su representación. Por tanto corresponderá al TEDH constatar si la jurisdicción ordinaria como nuestro Tribunal de garantías constitucionales, más allá de su margen de apreciación, al acordar la detención provisional de los recurrentes o efectuar el juicio de constitucionalidad del mismo, “han puesto en balance los intereses en juego, en particular, de un lado, los de la persona concernida protegidos por el art. 3 del Protocolo nº1 CEDH y de otro el interés general de privar a esta persona de libertad cuando es necesario en el ámbito de un procedimiento penal”.

Entendemos que resultará determinante para la resolución de los recursos la apreciación en su caso de la ausencia de las razones por las que la aplicación de medidas alternativas a la detención hubiese sido insuficiente ni hubiese sido justificada por los órganos jurisdiccionales. En concreto la representación del Estado español tendrá que demostrar que nuestros Tribunales han tenido en cuenta y ponderado en modo suficiente la aplicación de medidas alternativas a la detención provisional previstas en el ordenamiento interno.

En aplicación del art. 3 del Protocolo nº 1, compete apreciar al Tribunal de Estrasburgo si la imposibilidad práctica de participar los recurrentes en la actividad de las Cámaras por la prisión provisional acordada y luego prorrogada, ha constituido un atentado injustificado a la libertad de expresión de la opinión del pueblo y al derecho de ser elegido y ejercer su mandato parlamentario. En consecuencia, el TEDH tendrá que manifestarse acerca de si la prisión provisional acordada por el Magistrado instructor después reiterada por la Sala de Recurso del TS era incompatible con el derecho a ser elegido y a ejercer su mandato parlamentario contenido en el art. 3 del Protocolo nº 1.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2016), “Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2BVR 2735/14)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58.

- BUSTOS GISBERT, R. (2019), “La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo” en MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES J., (Dir.) y GONZÁLEZ HERRERA, D. (Coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Tiran lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ROCA, J. (2001), “Prólogo” a VERGOTTINI, G. de, *Más allá del diálogo entre Tribunales*, Marcial Pons, Ed. Civitas S.A.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2006), *Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos. Perspectivas española y europeas*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid.
- MEZZETTI, L. y MORRONE, A. (2011), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, G. Giappichelli Editore, Torino.

NOTAS

- 1 Aunque la primera ocasión en que se abordó esta cuestión por el TC fue en la resolución por STC 155/2019 del recurso de amparo interpuesto por el sr. Junqueras, en otras resoluciones posteriores también contamos con los votos particulares formulados a las SSTC 3/2020, 4/2020 cuyo recurrente fue el sr. Sánchez, STC 9/2020 (sr. Junqueras).
- 2 “Esta es una de las fórmulas más interesantes a través de las cuales los argumentos relevantes planteados en los distintos ordenamientos jurídicos en conflicto se incorporan al debate procesal, adquieren relevancia en el seno de la decisión judicial última, confieren publicidad a las razones tras las distintas posiciones y, en fin contribuyen a la legitimación de las soluciones finalmente alcanzadas”, BUSTOS GISBERT, R. (2019), “La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo” en MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES J., (Dir.) y GONZÁLEZ HERRERA, D. (Coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Tiran lo Blanch, Valencia, pág. 52.
- 3 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2006), *Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos. Perspectivas española y europeas*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid.
- 4 GARCÍA ROCA, J. (2001), “Prólogo” a VERGOTTINI, G. de, *Más allá del diálogo entre Tribunales*, Marcial Pons, Ed. Civitas S.A.
- 5 “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” (art. 52).
- 6 En materia de derechos fundamentales el principio de subsidiariedad debe entenderse como “la combinación de la regla de la tutela mínima asegurada de la norma convencional y de la regla de la mejor tutela a perseguir en el ámbito nacional”. MEZZETTI, L. y MORRONE, A. (2011), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 192.
- 7 ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2016), “Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2BVR 2735/14)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58.

- 8 STJUE de 8 de septiembre de 2015, asunto Taricco, C-105/14; Oridinanza Corte Costituzionale núm. 24/2017, de 26 de enero; STJUE de 5 de diciembre de 2017, asunto M.A.S. C-42/17 y Sentencia Corte Costituzionale 115/2018, de 10 de abril.
- 9 ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, p. 14.
- 10 “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías” (art. 1 bis).
- 11 Los derechos “que emanan en particular de (...) las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Preámbulo Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 12 “firme el auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión” (art. 384 bis Lecrim).
- 13 Como consecuencia de la querrela presentada por el fiscal general del Estado ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia de la Audiencia Nacional contra “todos los que fueron miembros del Consell Executiu del Govern de la Generalitat, cesados por la aplicación de lo previsto en el art. 155 CE, se acordó por Auto de 2 de noviembre de 2017 del Juzgado Central prisión provisional comunicada sin fianza. Tras acordar la Sala de Admisión del Tribunal de Causas Especiales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo su competencia para conocer de la causa especial se interesó por las defensas la modificación de la medida cautelar restrictiva de libertad. Sin embargo no se adoptó dicha petición por Auto de 4 de diciembre de 2017.
- 14 Concluye el Magistrado instructor que “la rebaja de las cautelas no puede precipitarse bajo el argumento de que los investigados –con posterioridad a la adopción de la medida cautelar– hayan asumido su participación como candidatos en unos comicios democráticos. El riesgo de reiteración delictiva va expresamente unido a las responsabilidades públicas a las que aspiran”.
- 15 Pues se alegaba la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial; el derecho a la libertad personal (art. 17 CE); la libertad ideológica (art. 16 CE) así como la libertad de expresión y la defensa de las ideas independentistas en un marco democrático como es sin duda la sede parlamentaria; el derecho de defensa (art. 24 CE) en la medida en que las restricciones derivadas de la privación de libertad y su reclusión en un centro penitenciario dificultan sin duda el ejercicio del mismos; la legalidad penal (art. 25 CE) y la presunción de inocencia (art. 24 CE).
- 16 “tiene que convencerse de que las condiciones restringen los derechos en cuestión hasta el punto de menoscabar su propia esencia y privarlos de su eficacia; que se impongan en pos de un fin legítimo; y que los medios empleados no son desproporcionados o arbitrarios” (caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, STEDH 2.3.1987; caso Gitonas y otros c. Grecia, STEDH 6.4.2000).
- 17 “el demandante en amparo ha podido impugnar de manera efectiva la media cautelar de prisión y que los órganos judiciales han valorado sus pretensiones y ponderado, en atención a las concretas circunstancias del caso, los derechos e intereses concernidos, tanto los del recurrente como los de la sociedad”.
- 18 “al realizar su ponderación, ni los tribunales que decidieron sobre el mantenimiento de la prisión provisional, ni aquellos que rechazaron sus solicitudes de libertad, ni el Tribunal Constitucional parecen haber tenido suficientemente en cuenta el hecho de que él no solo era miembro del parlamento, sino también uno de los líderes de la oposición política del país, cuyo desempeño de sus deberes parlamentarios requería un alto nivel de protección”.
- 19 Pero “el juicio de proporcionalidad realizado no ha ponderado con la intensidad constitucionalmente exigible los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política que estaban siendo sacrificados”.

- 20 De este modo los autos respectivos “maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva” sin plantear “un ámbito de constricción menos intenso” en el sentido de lo declarado por el TEDH en la ya citada resolución del asunto Selahattin Demirtas c. Turquía.
- 21 Cabe recordar que el sr. Sánchez había solicitado permiso penitenciario extraordinario para asistir el Pleno de investidura previsto para el 12 de marzo de 2019 si bien la denegación del mismo por Auto del Magistrado instructor como de la Sala de Recursos dio lugar a su renuncia. A continuación se procedió previa convocatoria a la celebración de la primera votación de investidura ante el parlamento de Cataluña, del sr. Turull en situación de libertad provisional y que tras no alcanzar la mayoría absoluta y habiéndose convocado un segundo pleno para el 24 de marzo, por Auto del día 23 se acordó su prisión provisional por lo que nuevamente se solicitó permiso penitenciario extraordinario por el sr. Sánchez al objeto de presentarse al voto de investidura. Con posterioridad se dictó la STC 23/2020 relativa al recurso de amparo frente al auto de 18 de junio de 2018 de la Sala de Recursos que resolvía recurso de apelación contra el auto de 12 de abril de 2018 que denegaba permiso penitenciario para acudir por segunda vez a la sesión del debate de investidura de presidente de la Generalitat. En dicha sentencia se reitera la fundamentación y el fallo por los magistrados de la mayoría del Tribunal como el voto particular (Magistrados Valdés Del-Ré, Xiol Ríos y Balaguer Callejón) en los términos ya señalados en la STC 4/2020.
- 22 En efecto, después de la apertura del juicio oral resultó electo en los comicios al Congreso de los Diputados adquiriendo la condición plena de Diputado previa autorización de la Sala II del TS (Auto 14 de mayo de 2019) participando en la sesión constitutiva celebrada el 21 del mismo mes. Con posterioridad y por Acuerdo de la Mesa del Congreso de 24 de mayo fue suspendido en el ejercicio del cargo.
- 23 La Junta Electoral Central procedió a su proclamación mediante Acuerdo del 13 de junio si bien con posterior acuerdo de 20 del mismo mes declaró vacante el escaño.
- 24 La inmunidad de los parlamentarios “mientras estén en período de sesiones” tanto en el territorio nacional de los mismos o de cualquier otro Estado miembro también cuando se dirijan al mismo o regresen de aquél” frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial”.
- 25 Para De la Cuadra Salcedo, la interpretación del Derecho de la Unión Europea “desborda y viola el propio Derecho de la Unión (ultra vires) e infringe la Constitución”. *Diario El País*, 3 de enero de 2020.
- 26 Por su parte López Garrido, considera que el Tribunal de Justicia “ha cambiado de un plumazo la legislación europea y la de todos los países miembros de la Unión”. *Diario El País*, 27 de diciembre de 2019.
- 27 La cuestión esencial que se suscita en el asunto C-502/19 tiene como punto de partida “Un acusado por delitos graves en situación de prisión provisional acordada judicialmente por hechos anteriores al inicio del proceso electoral en el que ha resultado proclamado electo al Parlamento Europeo, pero que ha sido privado por decisión judicial de un permiso penitenciario extraordinario que le permitiera cumplimentar los requisitos establecidos por la legislación electoral interna”.
- 28 “una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento europeo ha adquirido, por este hecho y desde ese momento, la condición de miembro de dicha institución”.
- 29 “la exigencia de motivación de los actos aplicativos de la norma se proyecta únicamente sobre el juicio relativo a la existencia de sus presupuestos legales”.
- 30 Con posterioridad por el TC se dictaron las SSTC 193 y 194/2020 cuyos recurrentes srs. Turull y Rull habían impugnado igualmente los acuerdos de la mesa del Congreso que en aplicación del art. 384 bis Lecrim por los que se procedió a su suspensión como diputados sin la tramitación del suplicatorio que entendían preceptivo los recurrentes.
- 31 STC 193/2020 Sr. Turull, STC 90/2021, Sr. Rull y STC 105/2021, Sr. Turull.
- 32 “el supuesto contemplado en el art. 384 bis LECrim, por tanto, bien puede ser visto por el legislador como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo”. El requisito negativo de no hallarse en situación de prisión provisional por aquellos delitos es “una condición, en suma, cuya

legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE”.