

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 814-2018, promovido por don Oriol Junqueras Vies, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Celia López Ariza y defendido por el Letrado don Andreu Van den Eynde, contra el Auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Magistrado Instructor de la causa especial núm. 20907-2017 en fecha 4 de diciembre de 2017 que acuerda mantener la prisión provisional comunicada y sin fianza del recurrente, entre otras personas. Ha sido parte el partido político Vox, representado legalmente por don Francisco Javier Ortega Smith-Molina, y procesalmente por la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Hidalgo López y asistido por el Letrado don Pedro Fernández Hernández, doña Carme Forcadell i Lluís y doña Anna Simó i Castelló, representadas por el Procurador don Emilio Martínez Benítez, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 13 de febrero de 2018, la Procuradora de los Tribunales doña Celia López Ariza, en nombre y representación de don Oriol Junqueras Vies, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

A. En fecha 30 de octubre de 2017, el fiscal general del Estado presentó dos querellas por unos mismos hechos que consideraba que podían ser constitutivos de delitos de rebelión (art. 472 CP), sedición (art. 544 CP) y malversación (art. 432 CP):

(i) Una de las querellas se presentó 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, en la actualidad cesados”, entre ellos el ahora recurrente de amparo, don Oriol Junqueras Vies, que había desempeñado el cargo de “titular del Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda”, y había sido diputado del Parlamento de Cataluña hasta el momento de su cese en tales cargos, producido el 28 de octubre de 2017 por efecto del acuerdo del Pleno del Senado del día anterior por el que se aprobaban “las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución” (BOE de 27 de octubre de 2017). Esta querella fue acumulada a las diligencias previas núm. 82-2017, que ya se seguían ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional por un posible delito de sedición relativo a hechos parcialmente coincidentes, ocurridos en Barcelona los días 20 y 21 de septiembre de 2017. En el seno de estas diligencias, el Juzgado Central dictó auto de 2 de noviembre de 2017, en el que acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora recurrente en amparo.

(ii) La otra querella se presentó ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra la presidenta del Parlamento de Cataluña y cinco miembros de la Mesa de dicha cámara que conservaban, salvo uno de ellos, la condición de aforados por pertenecer a la diputación permanente de la aludida asamblea legislativa, disuelta por efecto del ya citado acuerdo del Senado. Dicha querella dio lugar, tras su admisión, a la causa especial núm. 20907-2017, designándose ponente.

B. Por Auto dictado en fecha 31 de octubre de 2017 por la Sala de Admisión del Tribunal de Causas Especiales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se acordó: 1. declarar la competencia de la Sala para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento por los delitos de rebelión, sedición y malversación contra determinadas personas contra las que se dirigió la querrela precedente; 2. “hacer extensiva esa competencia, para el caso en que el Magistrado Instructor así lo considere oportuno, respecto de aquellas otras causas penales actualmente en tramitación y que puedan referirse a hechos inescindibles respecto de los que han sido inicialmente atribuidos a los querrellados”; y 3. designar Instructor, conforme al turno establecido, al Magistrado de la Sala Excmo. Sr. don Pablo Llarena Conde.

C. Por Auto del Instructor de fecha 24 de noviembre de 2017, se acordó, en la citada causa especial núm. 20907-2017, ampliar el espacio subjetivo de la investigación y reclamar al Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional las actuaciones obrantes en sus diligencias previas núm. 82-2017, acumulándose este procedimiento a la causa especial.

D. La representación de algunos de los querrellados, entre los que se encontraba el ahora demandante, solicitó la modificación de la medida cautelar de prisión adoptada en su contra. Tras recibir declaración a estos investigados, el Magistrado Instructor dictó Auto en fecha 4 de diciembre de 2017, que, entre otros pronunciamientos, acordó mantener la prisión provisional comunicada y sin fianza de don Oriol Junqueras Vies.

De los razonamientos jurídicos de dicho Auto cabe destacar, por lo que afecta al presente recurso de amparo, lo que sigue:

a) Comienza el citado Auto por aceptar, en el razonamiento jurídico tercero, el planteamiento de los solicitantes de que no concurre un riesgo de fuga de los investigados.

Tras remitirse a su decisión precedente, adoptada “con ocasión de las medidas de aseguramiento reclamadas por el Ministerio Fiscal respecto del resto de investigados”, de la que transcribe su fundamento décimo cuarto, razona el Instructor que *“no se aprecia que el riesgo de fuga se manifieste con mayor potencia en los investigados que están ahora concernidos. De un lado, porque su aportación al delito se situaría -en principio- en un plano de principalidad equivalente al que ofrecía el comportamiento de Dña. Carme Forcadell. De otro, porque todos ellos cuentan con un profundo arraigo personal, laboral y social en la Comunidad Autónoma*

*de Cataluña, y visto además que su disposición por atender los llamamientos judiciales que se les han cursado hasta ahora, si bien no aporta ninguna certeza para el futuro, sí es el empírico reflejo de que libremente rechazaron la huida que emprendieron otros encausados. Una opción de presencia que refleja también su incorporación a diferentes candidaturas políticas, a fin de participar en las elecciones autonómicas que tendrán lugar el día 21-D y poder desarrollar la actividad parlamentaria que de esas elecciones puede derivarse”.*

b) A continuación se refiere, en el razonamiento cuarto, al riesgo de reiteración delictiva. Emplea los siguientes argumentos:

- Después de recoger consideraciones generales sobre esta finalidad habilitante de la prisión provisional según el art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y su justificación constitucional, detalla, en primer lugar, una serie de elementos concurrentes que permiten establecer, respecto de todos los investigados, un juicio razonable de riesgo de reiteración delictiva. Y razona:

*“De un lado, todos los investigados en el procedimiento comparten -y reconocen que todavía mantienen-, la misma aspiración que impulsó el comportamiento que se investiga, esto es, la voluntad de que el territorio de la Comunidad Autónoma en la que residen constituya la base territorial de una nueva República.*

*De otro lado, la posibilidad de que su comportamiento desembocara en la intervención de la Comunidad Autónoma por parte del Estado es una eventualidad que ya habían contemplado los investigados, habiendo concluido que en tal coyuntura habían de perseverar en su determinación.*

*El documento Enfocats intervenido con ocasión de los registros efectuados por la Guardia Civil, recoge un ‘plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral’.*

*En él se recoge la necesidad de una plena determinación para la consecución de sus objetivos, y se especifica que esta determinación debe compartirse por la ciudadanía que les preste soporte. El documento detalla que la ciudadanía debe implicarse de una manera activa, particularizándose que, aunque se debe comenzar de la manera más conservadora posible, deberá incrementarse el nivel de conflictividad según sea la respuesta del Estado, pero siempre*

*bajo el liderazgo y con una coordinación de todos los actores implicados, y sin ninguna sombra de duda en cuanto a las acciones a realizar y los calendarios que deben seguirse (Pg. 23).*

*Como instrumento de actuación, y en lo que hace referencia a los ciudadanos, la página 31 reitera que, para acudir a la vía unilateral si fuera necesario, debe impulsarse gradualmente a una amplia movilización social. Diseñan para ello una estrategia de manipulación social que facilite conducir de manera efectiva a los diferentes individuos en función de su pensamiento (pg. 11), categorizando a los catalanes según su posicionamiento ideológico, y definiendo distintas maneras con las que lograr su adhesión al 'procés', según los catalanes se ubiquen en una escala de graduación que discurre entre los 'convencidos del no', hasta los que denominan 'Convertfuts hiperventilats' (convencidos hiperventilados), pasando por otros grupos de ciudadanos graduados como 'convencidos históricos', 'convencidos recientes pero débiles', 'indecisos' o los 'actualmente impermeables'.*

*En el mismo sentido instrumental, la ya mencionada página 23 detalla que necesitan alcanzar el control efectivo de todas las instituciones, así como el aparato gubernamental de Cataluña, incluyendo el Gobierno, el Parlamento, las instituciones locales y las supramunicipales. En todo caso, el documento sintetiza que cada partido político no puede hacer por sí solo la independencia pero que, por el contrario, la suma de unos concretos partidos que el documento identifica (...) hará la independencia inevitable (pg. 12).*

*Las bases de soporte para lograr la desconexión forzosa se complementan previendo la necesidad de trabajar una credibilidad internacional (pg. 13). El documento plasma la necesidad de que la estrategia sea vista a nivel internacional como escrupulosamente democrática. En todo caso, se particulariza que hay que buscar la complicidad y la intervención internacional, para el caso de que el proceso desemboque en un conflicto político con España, definiéndose distintas herramientas para lograrlo, como son: la diplomacia, los diferentes organismos liderados por catalanes, las redes internacionales en las que ya se estaba participando (se habla de universidades, foros científicos o económicos) o, incluso, recurriendo a personas de prestigio. El documento refleja así la necesidad de escuchar a los Estados que tengan un mayor potencial de reconocimiento y ofrecerles un argumentario beneficioso para ellos, además de identificar –Estado por Estado- cuáles son los incentivos o las resistencias que puedan tener para reconocer a Cataluña como un Estado independiente, ejemplificándose con persuadir a otros países mediante algunos incentivos: como la pérdida de*

*peso político que tendría España en la eventualidad de que la UE diera un sí a Cataluña, las oportunidades para sus empresas internacionales ubicadas en Cataluña o la posibilidad de alianzas con nuevos Estados o Estados pequeños de Europa (pg. 24).*

*El documento muestra -por último- que, para la creación de un nuevo país, tanto se precisan las leyes de desconexión, como la tenencia de estructuras que garanticen el funcionamiento del nuevo Estado. Cuenta así con orientar y redimensionar las estructuras con que ya se cuenta, concretamente cita a los Mossos d'Esquadra, al Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (CTTI, por sus siglas en catalán) o a las infraestructuras esenciales básicas. En todo caso, describe la necesidad de crear otras nuevas estructuras de Estado y de testarlas antes de ponerlas en funcionamiento, entre las que indica las inherentes a una Hacienda propia, a la Agencia de Protección Social o las recientemente impulsadas relativas al Poder Judicial (pg. 20).*

*Con estos cuatro elementos, continúa señalando el Auto, “lo que se planificó es generar un conflicto que girara alrededor del Referéndum Unilateral de Independencia y de la Declaración Unilateral de Independencia, adelantándose que eran varias las posiciones que podía adoptar el Estado en ese contexto de conflicto. Obviamente, la más favorable de las contempladas consistía en que el Estado aceptara la declaración de independencia, lo que conduciría a la creación del Estado propio y llevaría a negociar con España los términos de la desconexión. Pero se contemplaron también otros posicionamientos estatales bien diferentes: Desde que España ofreciera una negociación a cambio de que Cataluña renunciara a la declaración de independencia, hasta que se produjera una reacción violenta del Estado (intervención), pasando por la asfixia económica y judicial.*

*En todos estos supuestos, se contemplaba persistir en el conflicto hasta que al Estado no le quedara más alternativa que la autorización de la independencia, de suerte que ante la aplicación del artículo 155 de la CE, los propios planes independentistas reflejan que el riesgo de permanencia en el delito existe y que es apreciable en todos los investigados”.*

- A continuación, el Auto evalúa las diferentes consecuencias que se derivarían de una eventual reiteración delictiva, según se trate de unos u otros investigados. Y dice:

*“...aunque es evidente que estos investigados ofrecen el riesgo de reincidir en la perpetración de los hechos con igual probabilidad que la que se aprecia en todos los investigados que hoy se analizan, no puede decirse lo mismo respecto a la lesividad que puede acompañar a la reiteración de sus aportaciones. Ya se ha dicho que cuanto más relevante e irreparable sea el resultado de la acción que se presagia, más razonable resulta que la evaluación del pronóstico se adelante y prevenga, intensificándose la cautela, y es evidente que las aportaciones que hicieron los integrantes de la Mesa del Parlament -siendo esenciales para el designio compartido-, por sí mismas no supusieron una irreparable puesta en riesgo de los derechos esenciales que otros partícipes sí contrariaron. La actuación consistió en favorecer la proclamación de una falsa legislación paralela. Es cierto que participó de una intencionalidad compartida, y que menoscabó el valor de las instituciones catalanas y favoreció la ruptura social que hoy padecemos, pero no generó en sí misma los daños inmediatos, instantáneos e irreparables que sí pueden acompañar a la reiteración de los comportamientos de otros investigados.*

*De este modo, dar credibilidad a los investigados que afirman que no volverán a actuar ilegalmente, supone asumir un confiado pronóstico que sólo se justifica por la importancia del derecho a la libertad de cualquier ciudadano, puesto en contraste con la certeza de que, si volvieran al delito, el comportamiento podría corregirse completa e inmediatamente con solo adoptar la decisión de modificar las medidas cautelares que apostaron por su libertad.*

*Y añade: “No ocurre lo mismo respecto a alguno de los investigados que hoy se contemplan, concretamente respecto de D. Oriol Junqueras i Vies, D. Joaquín Forn, D. Jordi Sánchez Pincanyol y D. Jordi Cuixart Navarro, cuyas aportaciones están directamente vinculadas a una explosión violenta que, de reiterarse, no deja margen de corrección o de satisfacción a quienes se vean alcanzados por ella.*

*El riesgo de reiteración de sus conductas impone a este instructor 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 sólo su convivencia social o familiar, así como el libre desarrollo económico y laboral, sino la propia integridad física”.*

- Una vez sentado lo anterior, se refiere el Auto específicamente al demandante don Oriol Junqueras Vies, y afirma que sus *“aportaciones están directamente vinculadas a una explosión violenta que, de reiterarse, no deja margen de corrección o de satisfacción a quienes se vean alcanzados por ella”*. La resolución judicial, en este punto, sostiene que son diversos los datos de la investigación que se refieren a una aportación de este y otros encausados directamente vinculada con el ejercicio de la violencia, y pone de manifiesto lo que literalmente se transcribe:

*“De un lado, el documento Enfocats refleja (pg. 40) la existencia de un grupo de individuos (Comité Estratégico) que han desempeñado una función definitoria de cómo y cuándo llevar a término cada una de las actuaciones del proceso y, consecuentemente, de la violencia y los tumultos que se detallaron en la anterior resolución (movilización ciudadana creciente, conforme a lo antes expuesto), y que son los elementos que constituyen la esencia de los delitos de rebelión o de sedición que se investigan. Un grupo de individuos cuya intervención consistía precisamente -y así se dice- en ‘orientar y dirigir estratégicamente la implantación del plan, alineando a todos los actores implicados y haciendo que se movilicen los recursos humanos y financieros necesarios’, y en ‘encomendar la ejecución de las tareas concretas al Comité Ejecutivo y validar las propuestas del Comité Ejecutivo’. Un Comité Estratégico en el que se integraban D. Oriol Junqueras i Vies, D. Jordi Sánchez Picanyol y D. Jordi Cuixart Navarro, pero no el resto...”*

*...” De otro lado, su capacidad de decidir sobre la idoneidad y el momento en el que era conveniente desplegar cada uno de los comportamientos del procès, supone dirigir las movilizaciones que pusieron en riesgo -o materializaron incluso- la violenta explosión social que contemplamos, habiendo llegado estos encausados incluso a intervenir en su ejecución material. En el caso de D. Jordi Sánchez Picanyol y D. Jordi Cuixart Navarro, por la movilización pública.... De hecho, ellos mismos participaron en la convocatoria del asedio que decenas de miles de manifestantes hicieron a la comisión judicial que ejecutó el registro de las instalaciones de la Consejería de Economía de la Generalidad en Barcelona, y dirigieron también a las masas durante las 19 horas que duró el cerco, modulando los actos de violencia que se desplegaron y facilitando finalmente la salida de la comisión judicial gracias a un pleno dominio de lo acontecido. Unos hechos violentos a los que acudió el propio D. Oriol Junqueras*



*i Vies y que se vieron propiciados porque las fuerzas encargadas del orden público ... favorecieran o no desplegaran ninguna actuación que pudiera ponerles término.*

*Y esta posición de dominio se constata en otras muchas de las movilizaciones sociales sufridas, como la que impidió el registro en la entidad Unipost, o las que cortaron carreteras o constituyeron murallas humanas que defendían de manera activa los centros de votación, haciendo en ocasiones recular a los cuerpos policiales, apedreando sus vehículos o forzando a los agentes a emplear una fuerza que hubiera resultado innecesario de otro modo. Así como aquellas que cortaron vías de comunicación ferroviaria o asediaron los hoteles donde se alojaban los integrantes de las fuerzas del orden o amenazaron a los empresarios que prestaban soporte a los servicios del Estado.*

*Por ello, en estos investigados el riesgo de reiteración delictiva refleja la probabilidad de que puedan reproducirse actos con graves, inmediatas e irreparables consecuencias para la comunidad. De esta manera, el peligro no desaparece con la formal afirmación de que abandonan su estrategia de actuación y con la determinación judicial de reevaluar su situación personal si sus afirmaciones resultan mendaces, sino que exige constatar que la posibilidad de nuevos ataques haya efectivamente desaparecido, o que paulatinamente se vaya confirmando que el cambio de voluntad es verdadero y real” ...*

*... “Y 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 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que el artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, si bien establece elecciones «libres», organizadas «a intervalos razonables», «con escrutinio secreto» y en «condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo», conduciendo así a los derechos subjetivos de voto y de elegibilidad, no son sin embargo derechos absolutos por importantes que sean. El TEDH ha proclamado que el artículo 3, sin enunciarlo de un modo expreso y definido, incorpora «limitaciones implícitas» a los derechos de voto y elegibilidad (más aún, por tanto, al más limitado derecho de participación en una campaña electoral) que cada Estado contratante puede modular, siempre que la participación*

*democrática no pierda su efectividad, y que las limitaciones respondan a fines legítimos y guarden adecuada correspondencia con los motivos que las impulsan...”.*

c) Finalmente, descarta el Auto, como finalidad legítima de la medida cautelar que acuerda mantener, la necesidad de conjurar el riesgo de destrucción del patrimonio probatorio.

E. Frente al citado Auto la representación procesal de don Oriol Junqueras Vies interpuso recurso de apelación. El escrito se estructura en tres alegaciones diferenciadas:

a) La alegación primera, bajo la rúbrica “revisión de la situación personal”, a modo introductorio, incluye una referencia a la necesidad de revisar la medida cautelar por haber transcurrido más de un mes desde la constitución en prisión del recurrente. Del mismo dato extrae la procedencia de analizar la existencia o no de inicios de delito, como presupuesto necesario, y del riesgo de reiteración delictiva, cuya evitación se erige en la finalidad legítima de la prisión provisional.

Termina esa alegación primera del escrito señalando que la decisión de prisión provisional “la toma un órgano jurisdiccional incompetente, a juicio de esta parte”, lo que dice reiterar por “buena fe procesal y por no dejar pasar ninguna oportunidad de decirlo”, aunque es algo que ya ha alegado anteriormente en recursos precedentes.

b) La alegación segunda, con el título “cuestionamiento de la imputación”, en síntesis, critica la apreciación contenida en el Auto apelado sobre la existencia de indicios de delito, particularmente del delito de rebelión. Argumenta que perseguir la independencia de una parte del territorio por la vía pacífica es perfectamente legítimo y “algo que la propia Constitución promueve”. A su juicio, nada de lo que se describe en la querrela o en el Auto puede encajar dentro del tipo penal de rebelión violenta. Los hechos que se describen no son “explosiones violentas”, ni actos de violencia atribuibles a los investigados, ni existe concierto de voluntades ni propósito de actuar de forma violenta. Critica el apelante, a continuación, la valoración del documento *Enfocats* y concluye señalando que “ninguno de los hechos que describe el Auto y que califica de ‘violentos’ (obstaculizar el registro de una empresa, cortes de carreteras, *escraches*, actos de resistencia pasiva)” se ve refrendado por un juicio de “por qué el Sr. Junqueras tendría una posición de dominio, qué ordenes habría dado o qué intervención tuvo respecto de tales hechos”.

c) La alegación tercera, bajo la rúbrica “errónea valoración del riesgo”, somete a escrutinio la apreciación del riesgo de reiteración delictiva. A juicio del apelante, la resolución recurrida no efectúa debidamente ese análisis de riesgos ni lo explicita de forma correcta. Aduce que en el Auto del Magistrado Instructor el análisis de riesgos no es explícito, en cuanto “[n]o exterioriza cómo podría llegar a cometerse por parte del Sr. Oriol Junqueras un delito de rebelión en las actuales circunstancias, en connivencia con quién, en qué condiciones y en qué hechos objetivos, racionales y actuales se basa”; no es objetivo, en cuanto que “el escenario político actual es el de acatamiento del art. 155 CE” y el del diálogo, siendo el recurrente una persona pacifista y que respeta la legalidad como demuestra que no se estima concurrente el riesgo de fuga; y no es actual, porque el apelante “como candidato a la campaña electoral, no puede reiterar el delito”, siendo esa realidad incontestable.

A lo anterior añade el apelante que se han omitido factores relevantes para el análisis de riesgos como los derechos de defensa y de participación política. Sostiene que el Auto recurrido no ha valorado la existencia de otros derechos o intereses legítimos cuya ponderación resulta trascendental. Así, dice, el Sr. Junqueras tiene derecho a participar en los actos de campaña electoral y tendrá derecho a ejercer la representación política de los ciudadanos si resultase escogido, “como diputado o como Presidente del Gobierno”, y cita a continuación el art. 23 CE, el art. 3 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y algunos casos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Por lo que se refiere al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, aduce las dificultades en la preparación de su defensa que comporta la lejanía respecto de su letrado, alerta de que la existencia de “procedimientos paralelos”, con objeto idéntico o análogo (cita las diligencias previas núm. 3-2017 seguidas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y las diligencias previas núm. 118-2017 del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona) aboga por extremar la prudencia si no se quiere generar nuevamente indefensión, y termina esgrimiendo la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la prisión “con suficiente previsible eficacia” para conjurar los riesgos existentes.

Del escrito de interposición del recurso de apelación se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 LECrim. El Ministerio Fiscal evacuó dicho trámite por escrito de fecha 15 de diciembre de 2017, interesando la desestimación del recurso y el mantenimiento de la medida cautelar. Por escritos

registrados el 19 de diciembre de 2017 se adhirieron al recurso de apelación el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de don Jordi Sánchez i Pincanyol, y el Procurador de los Tribunales don Miguel Martínez-Fresneda Gamba, en nombre y representación de don Joan Josep Nuet i Pujals. La acusación popular del partido político Vox, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Hidalgo López, por escrito registrado en esa misma fecha, mostró su oposición al recurso formulado.

F. Una vez señalada vista del recurso y celebrada la misma el día 4 de enero de 2018 con la asistencia del recurrente, la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en fecha 5 de enero de 2018, dictó Auto acordando desestimar el recurso de apelación.

De los razonamientos jurídicos del mencionado Auto cabe destacar lo siguiente:

a) Comienza el razonamiento primero haciendo las consideraciones preliminares que siguen: que el transcurso del tiempo justificaría la revisión de la situación de prisión provisional si viniera acompañado de nuevos hechos que permitieran considerar no concurrentes las razones que se tuvieron en cuenta para acordarla o mantenerla; que, dado el momento procesal, las consideraciones acerca de los datos de hecho valorables y del carácter delictivo de la conducta, aunque deban estar revestidas de la necesaria racionalidad, examinando la verosimilitud y consistencia de los indicios, tienen una naturaleza provisional; que no se trata ahora de examinar la existencia de pruebas propiamente dichas respecto de los hechos atribuidos a los investigados, sino de valorar si los indicios de la comisión de delito y de participación del recurrente están dotados de la necesaria consistencia para justificar el primero de los requisitos necesarios para acordar la medida cautelar de prisión provisional (art. 503.1.1º LECrim); que la alegada diferencia de trato respecto de los miembros de la Mesa del Parlament no puede ser abordada, pues la decisión sobre su situación personal no ha sido recurrida ante la Sala; y que ha de tenerse en cuenta que, *“según resulta de los indicios disponibles, los hechos en los que se atribuye participación al recurrente no han sido ejecutados de forma aislada e individual por el mismo, sino que se han llevado a cabo dentro de un plan con reparto de papeles, establecido junto con otras personas, miembros del mismo Gobierno de la Generalitat de Cataluña, del que el recurrente era Vicepresidente, o bien miembros de otras instituciones de la Comunidad Autónoma, con la colaboración de asociaciones independentistas como ANC y Omnium Cultural”*.

b) En el punto siguiente, la Sala aclara que no puede asumirse que el Auto apelado produzca “la criminalización del proyecto político independentista”. Argumenta que *“defender una tesis u opción política según la cual debe establecerse la independencia de una parte del territorio nacional, es legítimo. La Constitución admite la defensa de cualquier posición política, incluso las que defienden la desaparición de la misma Constitución y la instauración de un régimen no democrático. El recurrente puede defender la pertinencia, la conveniencia o el deseo de lograr la independencia de una parte de España, sin cometer delito alguno. La presente causa no se ha incoado, pues, para perseguir la disidencia política, ni la defensa de una opción independentista”*.

Pero, en el caso, continúa señalando, *“el recurrente no se ha situado en esa posición política teórica, ni tampoco en una defensa de la misma dentro de las vías o cauces legales propios de un sistema democrático, sino que ha ido mucho más lejos”*.

Acto seguido pone de manifiesto que el ahora demandante de amparo, *“Vicepresidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma, junto y de acuerdo con otros miembros del mismo Gobierno, del Parlamento Autonómico y de otras Instituciones de la misma Comunidad, con la finalidad de declarar unilateralmente la independencia de Cataluña, como una parte del territorio de España, han llevado a cabo la ejecución de un plan que incluía la aprobación de distintas normas y resoluciones orientadas a aquella finalidad; y que han procedido a su aplicación, en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en las que, declarando su inconstitucionalidad, acordaba su nulidad”*. A pesar de estas resoluciones, el recurrente, de acuerdo y junto con otros, *“han intentado celebrar un referéndum que el TC había declarado fuera de la Constitución y de la Ley, han proclamado los resultados de las votaciones que pudieron llevarse a cabo, y han llegado a proclamar la independencia de Cataluña”*.

Se refiere después profusamente a la gravedad de los hechos imputados al recurrente y a los demás partícipes que, *“en ejecución de su plan y acudiendo a vías de hecho, se han alzado contra el Estado español, contra la Constitución, contra el Estatuto de Autonomía de esa Comunidad y contra el resto del ordenamiento jurídico”*.

c) En los razonamientos segundo, tercero y cuarto se analizan los indicios de los delitos.

- El razonamiento segundo se refiere al delito de rebelión para, sin perjuicio de advertir de la provisionalidad de las apreciaciones que efectúa, concluir que existen *“indicios suficientemente consistentes de la comisión de un delito de rebelión, y subsidiariamente, de una conspiración para su comisión (artículo 477 CP), en la medida en la que el plan del recurrente y los demás partícipes necesariamente debía prever que la expulsión del Estado, de sus funcionarios civiles y militares de los lugares donde cumplían sus funciones, amparadas constitucional y legalmente, iba a ser acompañada inevitablemente de actos de violencia”*. Para ello emplea los argumentos que se sintetizan a continuación:

- El recurrente no ha actuado aisladamente, sino, desde una posición preponderante, como integrante de un grupo que actuaba coordinadamente para alcanzar una determinada finalidad: la proclamación unilateral de la independencia tras un referéndum de autodeterminación, a lo que se llegaría aunque el Estado, utilizando los instrumentos legales, se opusiera a esa actuación. El mismo y el resto de participantes actuaron *“desde el ejercicio del poder, lo que explica que no necesitaran utilizar en ese momento la violencia para asaltar el mismo como paso previo para la ejecución del plan”*. El acuerdo entre varios, la finalidad perseguida y algunos aspectos de la forma de alcanzarla, aparecen en la Resolución 1/XI del Parlamento catalán, declarada inconstitucional; y, entre otras resoluciones y normas aprobadas por el citado Parlamento, en la Ley 19/2017, de 6 de setiembre, del referéndum de autodeterminación, primero suspendida y después anulada por el Tribunal Constitucional. De acuerdo con ello *“de forma directa o indirecta, bien mediante declaraciones en el sentido de expresar la disposición a actuar ignorando las decisiones contrarias de los órganos del Estado, o bien convocando manifestaciones, se incitaba a sus partidarios a la movilización, como indispensable elemento de refuerzo de la acción política orientada a la obtención de aquel objetivo”*.

- Partiendo de que el Estado Español no permanecería pasivo ante la vulneración reiterada de la Constitución y ante el incumplimiento frontal de las resoluciones del Tribunal Constitucional *“si el recurrente y los demás partícipes, desde sus posiciones en cargos de responsabilidad política en la Generalitat de Cataluña, incitaban a sus partidarios a movilizarse en la calle con la finalidad de reforzar sus actuaciones y forzar al Estado a aceptar la independencia, es claro que era previsible que, con una altísima probabilidad, se produjeran actos violentos en defensa de la declaración unilateral de independencia”*.

- *“El planteamiento según el cual la declaración de independencia se realizaría de forma unilateral después del resultado de un referéndum prohibido, que el Gobierno del Estado había anunciado que no permitiría, y que se haría contando con el apoyo de movilizaciones populares como elemento decisivo para forzar al Estado a claudicar, suponía una muy alta probabilidad de enfrentamiento físico con episodios inevitables de violencia”*. En este punto se hace referencia a los hechos acaecidos los días 20 y 21 de septiembre y 1 de octubre de 2017: en el primer episodio se produjeron *“numerosos actos de violencia”* con ocasión de los registros en la Consejería de Economía, contra la comisión judicial y los agentes de la Guardia Civil que la acompañaban, con la finalidad de impedir que pudiera darse cumplimiento a la resolución judicial que ordenaba la entrada y registro; respecto de lo ocurrido el día 1 de octubre, previsto para la celebración del referéndum, el recurrente y los demás partícipes -concretamente el recurrente en declaraciones públicas efectuadas el día 21 de setiembre- *“impulsaron a intentar abrir o mantener abiertos los locales donde estaba previsto que se hallaran los colegios electorales, y a depositar su voto, a un número altísimo de personas, a pesar de que ya conocían los graves incidentes producidos, entre otros, en los días 20 y 21 de septiembre, y de que sabían que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en cumplimiento de las leyes vigentes, tenían la obligación de impedirlo”*. Se agrega que *“en esa fecha, el recurrente sabía que si sus consignas relativas a la participación en el referéndum... eran seguidas por sus partidarios, se produciría inevitablemente un enfrentamiento físico entre éstos y el Estado de Derecho, representado por los agentes policiales...”* Tras ello se efectúan algunas consideraciones sobre la gravedad de los hechos, el conocimiento de la necesaria *“oposición física de los agentes policiales”* y el desasosiego e intranquilidad causada a la ciudadanía.

- Tras afirmar que los delitos de rebelión y de sedición se caracterizan por tener un sujeto activo plural, por lo que se refiere a la participación del recurrente en los hechos, destaca que ostentaba entonces el cargo de Vicepresidente de la Generalitat y que no se ha limitado a defender desde posiciones teóricas la independencia, sino que ha acudido a vías de hecho y ha *“incitado a sus partidarios a oponerse a la acción del Estado que tratara de impedir la ejecución de su plan”*. Es claro que el recurrente sabía que, anuladas por el Tribunal Constitucional las normas que los investigados pretendían utilizar como soporte, el Estado tendría que actuar para evitar que, mediante hechos consumados, logran ese mismo objetivo. Es más, la pasividad del Estado era *“totalmente inimaginable”*. En esas condiciones, se insiste, *“era previsible que, con una alta probabilidad, se fueran a producir enfrentamientos contra los*

*agentes de las fuerzas del Estado”, y que “también previsiblemente y con una alta probabilidad, degenerarían en episodios de violencia”, como así, efectivamente, ocurrió, entre otros, en los días 20 y 21 de septiembre y en el mismo día del referéndum, 1 de octubre.*

Si bien no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos ni dando órdenes directas en tal sentido, mediante la incitación a los ciudadanos a desobedecer las resoluciones del Tribunal Constitucional y mediante la invocación de la defensa del derecho al voto, ha impulsado a los partidarios de su posición a movilizarse públicamente, ocupando espacios públicos, cuando era previsible que el Estado, que no podía consentir esta clase de actos, *actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza”. En demostración de lo anterior señala, respecto del episodio acaecido el 20 de septiembre, que cuando el recurrente “acudió a la Consejería de Economía, y pudo percatarse de que el tumulto provocado por quienes se oponían a la ejecución de las órdenes de entrada y registro... había degenerado en actos concretos de violencia contra los agentes y contra la comisión judicial, [] nada hizo para evitar que tal forma de comportarse se interrumpiera, a pesar de que se trataba del Vicepresidente del Gobierno autonómico, con suficiente autoridad para intervenir y para garantizar el cumplimiento de la ley”; también resalta que, conociendo los sucesos ocurridos en esa fecha, “convocara a sus partidarios a participar en el referéndum del día 1 de octubre, sabiendo que el Estado trataría de impedirlo con los medios a su alcance”.*

- Por último, se refiere brevemente al documento “*Enfocats*”, valorado expresamente en el Auto apelado.

- El razonamiento tercero, respecto del delito de sedición, destaca que, cuando menos, el día 20 de setiembre, con ocasión de las citadas diligencias de entrada y registro, y el día 1 de octubre, respecto del intento de celebrar el referéndum, se produjeron tumultos, impulsados por los miembros del Gobierno de la Generalitat, y que “*no puede considerarse que el recurrente fuera ajeno a la incitación a la movilización, ni tampoco que desconociera las previsibles consecuencias de la misma*”. Argumenta que en el caso de que, como resultado de la fase de instrucción, las acciones violentas solamente pudieran considerarse como extralimitaciones individuales de quienes las protagonizaron, restaría la incitación al tumulto con la evidente finalidad de impedir la aplicación de las leyes por la fuerza o el cumplimiento de las resoluciones judiciales. En los sucesos de los días 20 de septiembre y 1 de octubre, los



partidarios de la línea defendida por don Oriol Junqueras Vies “*no se limitaron a manifestarse para protestar por la acción policial o judicial, ... sino que se enfrentaron físicamente con quienes actuaban en defensa de la ley o en ejecución de las resoluciones judiciales, tratando de impedir por la fuerza su legítima actuación, en algún caso "constituyendo murallas humanas que defendían de manera activa los centros de votación, haciendo en ocasiones recular a los cuerpos policiales, apedreando sus vehículos o forzando a los agentes a emplear una fuerza que hubiera resultado innecesaria de otro modo"* (páginas 21 y 22 del Auto impugnado), sin que conste que en ningún momento el recurrente o los responsables políticos de la Generalitat trataran de impedir tal clase de comportamientos, o de evitar su reiteración”.

- El razonamiento jurídico cuarto, a propósito del delito de malversación, funda la existencia de indicios serios de la comisión de este delito, señalando, en primer lugar, que “*no se niega que se destinó dinero público para la celebración de la consulta del día 1 de octubre y para las finalidades asociadas a la misma*”. En segundo término, argumenta que es claro que el recurrente conocía que el Tribunal Constitucional había declarado la nulidad de las resoluciones que acordaban la celebración del referéndum y específicamente la de aquellas otras que preveían el empleo de partidas de dinero público para facilitar su celebración, haciendo especial referencia a la disposición adicional 40 de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña, a su suspensión por el Tribunal Constitucional, a la comunicación de la misma a los miembros del Gobierno de la Generalitat con los apercibimientos correspondientes y a la indicación contenida en la STC 90/2017, de 5 de julio, que declaró que “*subsiste el deber de las mencionadas autoridades y funcionarios expresado en la providencia de 4 de abril, ahora referido a impedir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera suponer ignorar o eludir el fallo de esta Sentencia, en particular mediante la realización de las actuaciones allí especificadas*”.

- El razonamiento jurídico quinto trata sobre las alegaciones del recurrente respecto de su derecho a la defensa y a participar en las elecciones o en el proceso político.

En cuanto al derecho de defensa, señala que “*es claro que la situación de prisión provisional puede suponer algunos inconvenientes o incomodidades en la preparación de la defensa, desde el momento en que el sujeto se ve privado de su libertad. Pero también lo es que, mientras se cumplan las normas que tienden a garantizar sus derechos en esa situación procesal, y no se ha denunciado ninguna vulneración de las mismas, la mera alegación del*

*derecho a defenderse no justifica prescindir de la prisión provisional, si concurren los requisitos necesarios para justificarla”.*

*En cuanto al segundo, indica que “es de toda evidencia que se trata de un derecho muy básico en una democracia. Pero también lo es que su efectividad no puede dejar sin efecto las consecuencias propias de un proceso penal, menos aún cuando se incoa imputando delitos muy graves. El recurrente alega que el Estado de Derecho exige la libertad para garantizar la participación política y la representación de quienes lo han elegido. Sin embargo, ese derecho no hace desaparecer la obligación de asumir las consecuencias de la comisión de un delito. Tampoco las que pudieran derivarse de la existencia de indicios suficientes de esa comisión, que, en ocasiones, pueden determinar la adopción de medidas cautelares limitativas o privativas de derechos”.*

*Agrega que “la existencia de una causa penal no es incompatible de forma absoluta con el ejercicio del derecho a la participación política, aunque en algunos aspectos puede suponer limitaciones importantes. El recurrente concurrió a las elecciones, pudo votar y ha resultado elegido. Además, la proporcionalidad de la medida en relación con el ejercicio del derecho alegado podrá ser tomada 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”.*

*Reitera que no puede calificarse al recurrente como un preso político, como se indica en otros pasajes del Auto. Señala, acto seguido, que cuando el mismo concurrió a las elecciones, “tanto él como el partido político al que pertenece, ya sabían de la incoación del proceso penal y, por lo tanto, conocían sobradamente que su actividad política podía verse limitada en algunos aspectos por las consecuencias derivadas de aquel”, y termina subrayando que “es evidente que las consecuencias de la posición de investigado, procesado, inculcado o acusado en un proceso penal no pueden sortearse mediante la designación del interesado como candidato en unas elecciones”.*

- El razonamiento sexto se dedica a analizar el riesgo de reiteración delictiva. Del mismo cabe destacar los siguientes aspectos:

1º) Dicho análisis no debe ser realizado con un carácter general, lo que implicaría un pronóstico de peligrosidad general alejado del principio de culpabilidad por el hecho, sino específicamente como una probabilidad de que el sujeto continúe con la actividad delictiva que venía desarrollando y que ha sido interrumpida por el inicio de la causa y la adopción de las medidas oportunas.

2º) En el mencionado análisis no se puede prescindir de los hechos presuntamente ya ejecutados por el recurrente, consistentes en esencia en la incitación a la movilización de sus partidarios para reforzar mediante vías de hecho la pretensión política de declaración unilateral de independencia, movilización que, como se ha dicho más arriba, dada la previsible reacción del Estado, tenía muy altas probabilidades de degenerar en episodios concretos de violencia o, al menos, en el empleo del tumulto.

3º) El plan elaborado, suscrito y seguido por el recurrente y los demás investigados, se desarrolló durante un largo periodo de tiempo (al menos desde el 9 de noviembre de 2015 en que se aprueba la Resolución 1/XI del Parlament hasta el mes de octubre de 2017) sin que en ningún momento les inclinara a abandonarlo la probabilidad, e incluso la constatación, de una evidente reacción del Estado español, ni tampoco la existencia de episodios de violencia o de actuaciones tumultuarias.

4º) No existe en la actualidad ningún dato que permita entender que la intención del recurrente sea prescindir de la posibilidad de ocupar el mismo o similar lugar político al que le permitió ejecutar los actos delictivos que se le imputan; ni tampoco que su voluntad o la del partido se oriente a abandonar la idea de una proclamación unilateral de independencia; ni que al hacerlo no vaya a seguir las mismas vías ya antes iniciadas y, por lo tanto, con consecuencias similares a las ya producidas con anterioridad. Por otro lado, *“el recurrente es la persona que, a pesar de su situación penal, se ha presentado, o ha sido designado por su partido, como candidato a la Presidencia de la Generalitat, lo que le situaría, en principio, en una posición preponderante respecto de las decisiones a tomar en relación a esta cuestión”*.

5º) La valoración del riesgo de reiteración delictiva *“no puede referirse, ni se refiere, al hecho de que continúe defendiendo la pertinencia, la conveniencia o el deseo, de la independencia de Cataluña, sino a la defensa de la forma en la que puede lograrse ese objetivo, que hasta ahora, se ha caracterizado por la desobediencia frontal a la legalidad*

*vigente y por la incitación a sus partidarios a movilizarse en la calle, hasta enfrentarse, incluso físicamente, con la finalidad de obligar al Estado a reconocer la independencia que proclaman, a quienes pretenden hacer efectiva la vigencia de las leyes democráticamente aprobadas". Por ello, el ofrecimiento de diálogo "no puede valorarse como un indicio de abandono del enfrentamiento con el Estado mediante vías de hecho con la finalidad de obligar a aquel a reconocer la independencia de Cataluña".*

6º) No se trata, por lo tanto, con la medida cautelar acordada, de impedir que el recurrente "vuelva a defender su proyecto político, sino de evitar que lo haga de la misma forma en la que lo ha hecho hasta ahora".

Dicho Auto fue notificado al demandante el día 5 de enero de 2018.

3. La parte recurrente aduce en su demanda de amparo que se ha producido una vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE), del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), del derecho fundamental a la participación política y a la representación (art. 23 CE), del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), del derecho fundamental a la defensa (art. 24 CE), del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

A. Bajo la rúbrica "juez ordinario predeterminado por la ley y juez imparcial", denuncia la demanda la imposibilidad de recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, la violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la violación del derecho a la doble instancia penal.

a) Según el demandante, la vulneración se produce por la imposibilidad de recusar de forma efectiva a los Magistrados del Tribunal Constitucional. La alegación se funda en que "los procesos judiciales relacionados con lo que se ha denominado el 'proceso de independencia de Catalunya' parten o se fundamentan en imputaciones vinculadas con actos de supuesta desobediencia al Tribunal Constitucional"; que este mismo Tribunal, mediante una "valoración jurídico penal de las conductas" de, entre otras personas, el ahora recurrente, "ha determinado en distintas ocasiones deducir testimonio de actuaciones al Ministerio Fiscal por si cupiera la

formulación de acciones penales". Añade el demandante "la imposibilidad de articular de forma efectiva mecanismos de recusación ante el propio Tribunal Constitucional".

b) En relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), la demanda sostiene la falta de competencia objetiva del Tribunal Supremo para investigar o enjuiciar los hechos que se atribuyen al demandante, ya que al no haberse cometido ningún delito fuera del territorio catalán, la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dada su condición de parlamentario de esa Comunidad Autónoma, en aplicación del art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC).

Argumenta la demanda que los delitos de rebelión y sedición se consuman con el alzamiento y tales presuntos alzamientos, cuya existencia solo acepta a título de hipótesis retórica a los fines de determinar la competencia, se habrían producido en Barcelona u otros lugares de Catalunya, es decir, donde se hubieran producido esas supuestas insurrecciones violentas. No hay noticia de que se haya cometido ninguna fuera de este territorio. Continúa señalando que con la malversación sucede algo análogo: si se han materializado, también a título de mera hipótesis, disposiciones indebidas de dinero público, ha sido del presupuesto de la Generalitat y no constan cometidas en ningún otro lugar que no sea Catalunya. Cita el precedente constituido por el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, que rechazó la competencia del Alto Tribunal para conocer de la querrela formulada contra representantes políticos catalanes con ocasión del referéndum o consulta que se llevó a cabo en Cataluña el 9 de noviembre de 2014. En este caso, a su juicio, el Tribunal Supremo, al asumir la competencia sobre los hechos objeto de querrela, lleva a cabo una argumentación errónea al confundir el resultado del delito con sus efectos y, al mismo tiempo, contraria a sus propios precedentes de forma imprevisible. Termina indicando que "el motivo de residenciar en el Tribunal Supremo la jurisdicción no es otro que alterar el sistema legal de competencias y buscar por el Ministerio Fiscal un foro más proclive a sus pretensiones, un *forum shopping* contrario, como no puede ser de otra forma, a las previsiones constitucionales".

c) Respecto del derecho a la doble instancia penal, a juicio de la parte recurrente, la indebida atribución de competencia al Tribunal Supremo anula las posibilidades del demandante de obtener una revisión de sus decisiones. El órgano judicial al que se atribuya el enjuiciamiento penal de unos hechos ha de ser distinto en su composición de aquél que atendió cualquier tipo de recurso durante la tramitación primaria de la causa. El Juez Instructor del

Tribunal Supremo es aquí “un delegado ad hoc de la propia Sala” no sometido jerárquicamente a sus compañeros de Sala. La ahora llamada “Sala de Apelaciones” (inexistente en el esquema procesal penal español) está integrada por compañeros del Juez instructor, al igual que la Sala de enjuiciamiento: todos son miembros de idéntica categoría (Magistrados del Tribunal Supremo, máximo nivel en el escalafón judicial). Se desconoce *a priori* la composición de la Sala de Apelaciones, al no constar publicado el turno por el que se han de integrar sus Magistrados. Nada impide que en una próxima Sala de Apelaciones *ad hoc* el actual Instructor forme parte del gremio judicial que ha de enjuiciar la labor de otro Instructor en otra causa especial que, a su vez, ha podido controlar su previa labor de investigación. Quiebra así la garantía objetiva consistente en que el control de la instrucción sea llevado a cabo por un órgano superior del que instruye, desapareciendo así la doble instancia penal y quedando en entredicho la imparcialidad y transparencia judicial, vulnerándose así los derechos al Juez natural, a la tutela judicial efectiva, al proceso con todas las garantías, al juicio justo y a la doble instancia penal.

B. En relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), la parte demandante argumenta que la “resolución recurrida” no efectúa el exigible juicio de ponderación y proporcionalidad respecto del derecho a la libertad al establecer la medida cautelar, como tampoco respecto de otros derechos inherentes a la personalidad, entre los cuales cita el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). Toda restricción de la libertad ambulatoria debe adoptarse de forma excepcional (STEDH caso *Amuur*, 1996). En el caso, se priva además al demandante de la posibilidad de relacionarse con su mujer e hijos, de corta edad, habiéndosele denegado su traslado a un Centro Penitenciario próximo a Cataluña. El Centro en el que se hallaba preso se encuentra a 650 kilómetros de su residencia, lo que incide en el deterioro de la relación familiar, pudiendo dar lugar a un daño irreparable sobre sus hijos menores. Cuestiona, por otro lado, el supuesto riesgo de reiteración delictiva aludido en la decisión judicial, definiéndose a sí mismo como un político con actuación y discursos propios de una persona pacifista.

C. Respecto del derecho a la participación política y a la representación (art. 23 CE), se sostiene que las resoluciones impugnadas destruyen los derechos políticos de un parlamentario y de la ciudadanía a quien representa. El demandante considera que es víctima de una discriminación/preterición infundada de sus derechos de acceso al cargo público representativo, con lesión del derecho a la igualdad (STC 298/2006, de 23 de octubre). El art. 23.2 CE

garantiza, asimismo, el mantenimiento en el cargo representativo sin perturbaciones ilegítimas, no pudiendo ser removido sino por causas y conforme al procedimiento legalmente establecidos. El Juez no puede imponer restricciones al ejercicio/permanencia en el cargo más allá de los imperativos del principio de igualdad y del fin legítimo (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6).

Es el Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC) el que ordena los derechos y atribuciones de los parlamentarios, previendo supuestos tasados de suspensión o privación en el ejercicio de los mismos. Una vez adquirida la condición de diputado, sólo prevé que pueda suspenderse de dicha condición en dos supuestos: a) siendo firme el Auto de procesamiento o de apertura del juicio oral, decidiendo el Pleno por mayoría absoluta en función de los hechos imputados; y b) por acuerdo del Pleno, adoptado por mayoría absoluta, si concurre sentencia firme condenatoria a pena privativa de libertad que imposibilite la asistencia a las sesiones plenarias [art. 25.1.b) RPC]. En el caso, se ha privado al demandante del ejercicio de sus funciones representativas pese a haber adquirido plenamente la condición de diputado, afectándose el núcleo de su función (art. 23.2 CE): derecho de información, interrogación, tramitación de propuestas, presentación de enmiendas etc.

La parte recurrente añade que por Auto de 12 de enero de 2018 el Instructor ha venido a imposibilitarle ejercer cualquier atribución de parlamentario, aplicando una “incapacitación legal” que interpreta el RPC contra todo precedente. Los representantes “no son de quienes los votaron, sino del conjunto del cuerpo electoral” (STC 10/1983, de 21 de febrero), generándose en el caso un daño ciudadano que afecta al derecho de éstos a verse representados a través de aquél (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4).

D. En relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), a la que añade la libertad de expresión (art. 20 CE), aduce la demanda que la prisión provisional que se recurre castiga la ideología del recurrente. En su opinión, existe una crisis constitucional en la relación Cataluña-España y desde determinados sectores políticos y jurídicos se ha impuesto una interpretación de la Constitución por la que no cabría estar en desacuerdo con el texto constitucional ni alcanzar un pacto político para realizar una consulta vinculante, previa al ejercicio de la facultad que la propia Constitución reconoce a los Parlamentos autonómicos de iniciar una reforma constitucional, de modo tal que permita conocer “el apoyo real a la opción de crear un Estado propio en Cataluña, de forma análoga a lo acontecido en el Reino Unido con Escocia”.

Las sucesivas decisiones del Tribunal Constitucional están afectando al núcleo esencial de las funciones del Parlamento catalán, al prohibir la tramitación y debate de iniciativas parlamentarias, a pesar de que el propio Tribunal Constitucional sostiene que “todas las opciones políticas son legítimas, siempre que respeten los principios democráticos y los derechos fundamentales”. Proscribir el debate de las ideas es incompatible con la democracia, habiendo defendido el citado Tribunal el derecho a promover el libre debate, al no estar ante una democracia militante.

En el caso examinado, la parte recurrente afirma que no se está enjuiciando exclusivamente la comisión de presuntos ilícitos penales, sino las ideas independentistas del demandante: aun cuando pueda generar incompreensión, no es delito pretender modificar el principio de unidad política que consagra el art. 2 CE. Tener determinadas ideas políticas y defenderlas nunca puede ser perseguible penalmente [libertad de expresión: difusión de ideas y opiniones que “contraríen, choquen o inquieten al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STC 235/2007, de 7 de noviembre y STEDH de 24 de febrero de 1997)]. La defensa de estas ideas debe entenderse amparada en la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias [art. 57 EAC; SSTC 36/1981, de 12 de noviembre y 243/1988, de 19 de diciembre; asimismo, SSTC 136/1999, de 20 de julio y 177/2015, de 22 de julio (quema retratos SS.MM.); SSTEDH de 27 de febrero de 2001, *Jerusalén c. Austria*, y 16 de septiembre de 2014, *Szél y otros c. Hungría*].

E. Respecto del derecho de defensa (art. 24 CE), la demanda sostiene la limitación que la privación de libertad supone para el ejercicio del derecho a la defensa del recurrente, derecho que, por el contrario, se vería garantizado si pudiera ejercerlo en libertad, sin las dificultades que conlleva la articulación de una defensa en situación de prisión provisional, alejado centenares de kilómetros de su letrado, y en las condiciones en que se desarrollan las comunicaciones penitenciarias. Asimismo, insiste en que la existencia de los que denomina “procedimientos paralelos”, con objeto idéntico o análogo con la causa especial, exige extremar la prudencia si no se quiere generar indefensión, citando al efecto las diligencias previas núm. 3-2017 seguidas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y las diligencias previas núm. 118-2017 que se tramitan por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona. Finalmente, se refiere al procedimiento seguido para decretar su prisión provisional en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, al que imputa indefensión y vicios insubsanables que, a su juicio, “las



resoluciones recurridas actualmente arrastran”. En concreto, se queja de no haber tenido tiempo suficiente de preparar su defensa dada la extensión de la querrela y la premura con que se señaló su comparecencia, y de que no se suspendió la declaración de otros investigados pese a haber sido correctamente solicitada y hallarse justificada en la imposibilidad de asistir su Abogado debido a un señalamiento incompatible preferente.

F. En relación con el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), considera el demandante que los hechos "no constituyen los tipos penales sobre los que basar el supuesto riesgo de reiteración delictiva", lo que luego explica en el análisis de los elementos de los tipos penales objeto de investigación en la causa, para concluir que, en cuanto a los delitos de rebelión y sedición, "las resoluciones recurridas se fundamentan en una interpretación novedosa e imprevisible de la ley penal, contraria a la letra de la ley, a su espíritu y a su interpretación auténtica, sistemática y teleológica".

Según la demanda, el “alzamiento” es una categoría fáctica que se percibe por los sentidos, poniendo como ejemplo los precedentes del 23-F y del 18 de julio, difícilmente equiparables a la actual situación de Cataluña. Ni en la querrela ni en los Autos del Tribunal Supremo se recoge “alzamiento”, sino veladas alusiones a supuestos actos de violencia que no se explicitan y se equiparan a una especie de “clima de temor”, no sustentado en indicio alguno con mínima solidez. En la querrela del Fiscal presentada en la Audiencia Nacional se atribuyen a los Sres. Sánchez y Cuixart hechos supuestamente sediciosos, sin referencia alguna a una rebelión que ahora se pretende sustentar en los mismos hechos.

En cuanto al elemento de “violencia”, a juicio del recurrente, en el proceso soberanista no ha habido ningún levantamiento violento y/o tumultuario. Los debates parlamentarios de este tipo penal fueron muy claros en cuanto al término “violencia” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, arts. 475, 479 y 480.2 del Código Penal). Las movilizaciones ciudadanas no han registrado incidentes violentos, habiéndose hecho llamamientos a la manifestación popular meramente pacífica. Atribuir a estas movilizaciones una naturaleza “insurreccional” supone desprestigiar las libertades de expresión, manifestación y reunión (arts. 21 y 22 CE).

G. Finalmente, respecto del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), según la demanda, la decisión de prisión provisional "se produce y mantiene tras una

exhibición y presentación pública de los investigados como culpables, en ocasiones a través de manifestaciones oficiales", en referencia a informaciones aparecidas en los medios de comunicación, procedentes de fuentes públicas u oficiales, como comentarios de miembros del Gobierno o del Ministerio Fiscal.

La demanda termina suplicando que se otorgue al recurrente el amparo solicitado, se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y se reconozcan expresamente los derechos del recurrente. Por otrosí se solicita la suspensión de la prisión provisional.

4. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 24 de abril de 2018, acordó, a propuesta de la Sala Primera y de conformidad con lo que establece el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal (LOTIC), recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo. Por providencia de 8 de mayo de 2018, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, de 28 de julio, FJ 2 a)] y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes a la causa especial núm. 20907-2017. Se emplaza a quienes hubieran sido parte en el procedimiento reseñado, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo. Por providencia de la misma fecha, se acordó la formación de pieza separada para la tramitación del incidente sobre la suspensión solicitada, y conceder al recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de tres días para que alegasen lo que estimasen pertinente sobre dicha suspensión. Evacuados los trámites correspondientes, mediante ATC 53/2018, de 22 de mayo, se acordó denegar la petición de suspensión de las resoluciones impugnadas y las restantes medidas cautelares solicitadas.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia del Pleno de este Tribunal, de fecha 6 de junio de 2018, se acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones solicitadas, tener por personado y parte en el procedimiento a la Procuradora doña María del Pilar Hidalgo López, en representación del partido político Vox, y al Procurador don Emilio Martínez Benítez, en representación de doña Carme Forcadell i Lluís y doña Anna Simó i

Castelló, y, con arreglo al art. 52 LOTC, conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal el plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

6. La Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Hidalgo López, en representación del partido político Vox, por escrito registrado el 6 de julio de 2018, solicitó la denegación del amparo. En el encabezamiento de dicho escrito, por error, como evidencia el contenido del mismo que seguidamente se resume, se identifican las resoluciones judiciales impugnadas como “el Auto de la Sala de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2018 y [] el Auto del Excmo. Sr. Instructor de la Sala Penal del mismo Tribunal de fecha de 12 de enero de 2018”.

Esta parte comienza alegando sobre la inadmisibilidad de la demanda de amparo. A su juicio, el recurso incurre en el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo [art. 44.1.a) LOTC] al no haber acudido la parte recurrente al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Si los recurrentes deducían que la actuación y resoluciones del Tribunal Supremo habían incurrido en lesiones de derechos procesales del art. 24 CE, en tanto las resoluciones impugnadas no eran susceptibles de recurso alguno, los solicitantes deberían haber interpuesto respecto a tales irregularidades, al menos, a la postre, un incidente de nulidad de actuaciones para concluir correctamente la vía judicial previa antes de acudir en amparo. Procedería, por tanto, la inadmisión de la demanda de amparo o, en su caso, al menos, la inadmisión del recurso en todo lo que se refiere a las supuestas irregularidades del art. 24 CE (derecho al juez imparcial, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a un juicio justo, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, derecho a la doble instancia penal, derecho a la defensa y derecho a la presunción de inocencia).

También procede, a su juicio, la inadmisión de las quejas relativas a los derechos fundamentales de los arts. 17 y 16.1 CE, por cuanto no consta que se hayan denunciado tales vulneraciones formalmente en las actuaciones en los términos que establece el art. 44.1. c) LOTC.

A. Respecto del derecho al juez imparcial, esta parte subraya, en primer lugar, que no es imposible la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, como demuestra que el art. 80 LOTC remite a las reglas de la LOPJ para su solicitud, y los casos en que se ha

producido (ATC 26/2007, de 5 de febrero), siendo incluso posible la espera a la renovación del Tribunal Constitucional para el conocimiento de un determinado recurso de amparo (STC 133/2013, de 2 de julio). En cualquier caso, no se hace expresa referencia a la concreta causa de recusación prevista en la LOPJ, remitiéndose al ATC 119/2017, de 7 de septiembre.

B. En relación con la aducida vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), sostiene que la atribución del conocimiento de un asunto a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es una materia de legalidad ordinaria y extraña, por tanto, a la jurisdicción constitucional. Las dudas relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son cuestiones de mera legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2; y 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4). A su juicio, no hay vulneración, pues el mismo art. 57.2 EAC, que se dice infringido, expresamente recoge la competencia jurisdiccional del Tribunal Supremo, en concordancia con la normativa procesal general de la LOPJ.

C. Respecto de la alegada vulneración del derecho a la doble instancia penal, a juicio de esta parte, además de que no ha quedado determinado si se ha cumplido con el requisito de la invocación [art. 44.1.c) LOTC], en todo caso, cabe recordar que por ser aforado el recurrente no goza del derecho a doble instancia reconocido también en el art. 2 del Protocolo VII del CEDH, lo que también ha sido validado por el Tribunal Constitucional (SSTC 51/1985, de 10 de abril, y 136/1999, de 20 de julio).

D. En relación con la vulneración del derecho a la participación política (art. 23 CE), señala que no hay derechos ilimitados y que el derecho fundamental del art. 23 CE no es una excepción, como determina la propia Constitución al disponer que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo

condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2 CE). En cuanto al derecho de sufragio pasivo, se trata de un derecho limitable, como demuestran algunas de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General [arts. 6.2 a) y b)], la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (art. 3.1) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 384 bis).

Para esta parte, la Constitución no reconoce un derecho fundamental ni de otro tipo del reo a poder disfrutar y exigir una salida extraordinaria del centro penitenciario sea para el ejercicio de derechos reconocidos en el art. 23 u otros de rango fundamental, como el derecho de asociación, asistencia a manifestaciones de culto u otros que la misma Constitución reconoce. En cambio, la Ley Orgánica General Penitenciaria sí reconoce a presos, en situación preventiva y provisional, el derecho a solicitar un permiso (art. 48 y artículo 159 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario), quedando al arbitrio del juez la concesión de éste. La decisión judicial sobre dichos permisos penitenciarios no tiene rango constitucional, sino legal, razón por la cual queda fuera del marco de apreciación de la jurisdicción constitucional. En este mismo sentido de ausencia de relevancia constitucional se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2018, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 23/2006, de 30 de enero, y 81/1997, de 22 de abril), cuyo contenido se excluye del conocimiento de este recurso (FJ 19).

Además, como muestra este mismo Auto, a mayor garantía de los derechos políticos del recurrente, el Magistrado Instructor ha posibilitado que éste pueda incluso seguir realizando sus objetivos políticos por vía de delegación de su voto, de conformidad al art. 93.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

Añade que la concesión de este tipo de permiso al recurrente, obviando todas las premisas constitucionales y legales aludidas, sería una irregularidad contraria al art. 14 CE.

E. Finalmente, en cuanto al derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), en opinión de esta parte, no queda claro en qué sentido los autos recurridos lesionan este derecho fundamental. No explica la demanda en qué forma constriñe aquí el Tribunal Supremo el derecho a la libertad ideológica del recurrente y, a partir de la mención al Tribunal Constitucional -diciendo que sus decisiones “están afectando al núcleo esencial de las funciones

del Parlamento”-, el escrito solamente reconduce la restricción del derecho a la libertad de participación política y a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de delimitar bajo qué premisas una actuación pública atenta contra dicho derecho, al apreciar una lesión de la libertad ideológica “cuando menos preciso, de una parte, que aquell[a]s perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad” (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; y ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2).

Por tanto, a su juicio, la lesión del derecho a la libertad ideológica ni está suficientemente explicada y aclarada en los términos del art. 49.1 LOTC, ni se cumple la premisa de que sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial [art. 44.1.b) LOTC].

Añade que “en lo que se refiere a la supuesta lesión paralela de la libertad de expresión que se contiene también en este punto, en tanto, realmente, en el *petitum* del recurso se refiere a la garantía de los derechos de los arts. 16, 17, 23, 24 y 25, sin citar el art. 20 CE, no procede entrar a conocer si hubo o no lesión del mismo”.

7. En fecha 11 de julio de 2018, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando la denegación del amparo.

Después de describir los antecedentes fácticos del recurso de amparo, argumenta el Fiscal ante el Tribunal Constitucional lo que a continuación se sintetiza:

A. En relación con el motivo que denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial, tras resumir las alegaciones contenidas en la demanda, distingue:

a) La queja relativa a la vulneración del derecho al Juez imparcial, sustentada en la imposibilidad de cuestionar la imparcialidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional, no puede acogerse porque el demandante se ha abstenido de haber intentado temporáneamente, en

el presente proceso de amparo, la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, lo que es imprescindible para el correcto agotamiento. Tampoco especifica la demanda cuál de las causas de recusación previstas legalmente entiende concurrentes y, además, la queja, huérfana de toda argumentación y concreción, aparece como ajena por completo al objeto específico de la demanda de amparo rectora del presente proceso constitucional, que se sustenta en la disconformidad con las resoluciones del Tribunal Supremo que acordaron mantener la medida cautelar personal de prisión comunicada del ahora demandante.

b) La queja referida al juez ordinario predeterminado por la ley, que se fundamenta en la ausencia de competencia del Tribunal Supremo para investigar o enjuiciar los hechos atribuidos al demandante, tampoco, a juicio del Ministerio Fiscal, puede ser examinada por incurrir en causa de inadmisión, dado que no ha sido aducida en la vía judicial previa y es por completo ajena a las resoluciones judiciales que se cuestionan en el presente recurso de amparo. La asunción de competencia por parte del Tribunal Supremo no fue cuestionada por el ahora demandante que se limitó en escrito registrado el 28 de noviembre de 2017 a solicitar del Instructor su libertad que basó en cinco alegaciones: la primera referida a la revisión de su situación personal; la segunda a la inexistencia de motivos que justifiquen la medida cautelar de prisión provisional; la tercera referida a su derecho a la participación política; la cuarta a las garantías del derecho de defensa; y la quinta a la proporcionalidad y a la existencia de medidas alternativas a dicha medida cautelar de prisión. Tras el rechazo de su solicitud, tampoco en su recurso de apelación adujo esta cuestión ni con ocasión de la vista celebrada el día cuatro de enero de 2018 se refirió a ella, discutiendo el riesgo de reiteración delictiva y la proporcionalidad de la medida. La vulneración, por tanto, se esgrime *ex novo* en la demanda de amparo y no ha sido analizada por las resoluciones cuestionadas.

c) Respecto de la doble instancia penal, según del Fiscal, tampoco ha sido esgrimida ante los órganos judiciales y se aduce también *ex novo* en la demanda de amparo. Añade que esa denominada doble instancia instructora o la necesidad del doble grado en dicha fase procesal, carece de todo fundamento legal y reconocimiento constitucional y también tal deficiencia acaecería si la causa fuese instruida por el Tribunal Superior de Cataluña, como se pretende en la demanda. Por lo demás, la queja de inexistencia de la segunda instancia revisora de la condena penal, además de no haber sido aducida, es prematura, pues tal posible enjuiciamiento y condena aún no se ha producido.

B. En relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), tras referirse a lo alegado en la demanda y a la doctrina constitucional, con cita y transcripción de parte de las SSTC 65/2008, de 29 de mayo, FJ 4, y 140/2012, de 2 de julio, FJ 2, argumenta el Fiscal ante el Tribunal Constitucional que las resoluciones judiciales impugnadas analizan y constatan el riesgo de reiteración delictiva partiendo de los hechos presuntamente ejecutados por el ahora demandante. Una vez resumido el contenido del plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral que resulta de la documentación intervenida por la Guardia Civil y que contempla cuatro elementos para la consecución de dicho objetivo, se refiere a las circunstancias puestas de relieve en relación con el ahora recurrente don Oriol Junqueras Vies, concluyendo que sus aportaciones están directamente vinculadas a una explosión violenta, cuya repetición “no deja margen de corrección”, por lo que “el riesgo de reiteración impone un mayor grado de rigor y cautela a la hora de conjugar su derecho a la libertad y el derecho de la comunidad de poder desarrollar su actividad cotidiana sin sufrir comportamientos que lesionen de manera irreparable la convivencia, el desarrollo económico y social y la propia integridad física”.

A este respecto, se tiene en cuenta que son diversos los datos que vinculan al demandante con el ejercicio de la violencia:

a) Junto con otras dos personas constituye el denominado Comité Estratégico que define cómo y cuándo llevar a término cada una de las actuaciones del proceso y consecuentemente de la violencia y los tumultos que constituyen la esencia de los delitos de rebelión y sedición. Además, su intervención consiste en orientar y dirigir estratégicamente la implantación del plan alineando a todos los actores implicados y haciendo que se movilicen los recursos humanos y financieros necesarios, encomendando la ejecución de las tareas concretas al Comité Ejecutivo y validando las propuestas de éste.

b) Se subraya que su capacidad para decidir sobre la idoneidad y el momento en que era conveniente desplegar cada uno de los comportamientos del *procés*, supone dirigir las movilizaciones que pusieron en riesgo o materializaron incluso la violenta explosión social, habiendo llegado a intervenir en su ejecución material, pues acudió a alguno de dichos actos violentos, propiciados porque las fuerzas encargadas del orden público favorecieron o no desplegaron ninguna actuación que pudiera ponerles término, siendo el demandante Vicepresidente del Gobierno autonómico.



Tras hacer alusión al resto de circunstancias contempladas por el Auto del Magistrado Instructor y el que desestimó el recurso de apelación, concluye el Fiscal que frente a lo afirmado en la demanda, dichas resoluciones sí explicitan y concretan el riesgo de reiteración delictiva, “que se hace descansar en la actividad desplegada por el recurrente durante un largo periodo de tiempo, mediante actuaciones minuciosamente planificadas y desplegadas de forma progresiva en cuyo diseño el ahora demandante ha tenido un protagonismo incuestionado, actuaciones que, de la prueba obtenida se desprende, pretenden ser continuadas y para llevarlas a cabo la detención de todo poder político es necesaria, por lo que a la vista de todo ello, la apreciación del riesgo de reiteración delictiva no puede tildarse de inmotivada”.

Se trata, a juicio del Fiscal, de una motivación suficiente y razonable, resultado de la ponderación de los intereses en juego, “sin que se haya omitido considerar la suficiencia de otras medidas cautelares menos gravosas, que se han descartado de forma razonable en atención a los actos imputados al demandante, frente a los imputados a otras personas que comparten la misma ideología, lo que pone de manifiesto que no ha sido la misma el elemento determinante del mantenimiento de la prisión del recurrente”.

Por último, respecto de la alegación del demandante sobre su derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), indica el Ministerio Público que, tal como ha reiterado este Tribunal (ATC 40/2017), no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado por el art. 18.1 CE, y además no ha sido aducido en el proceso.

C. Se refiere a continuación el Ministerio Fiscal a las quejas relativas al derecho a la participación política y a la representación (art. 23 CE) y al derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE).

Al repasar la doctrina constitucional en relación con el art. 23 CE, se subraya que engloba hasta tres derechos autónomos (el derecho a la participación política directamente o a través de representantes, el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad que se desdobra en el derecho de acceso a cargos públicos representativos y en el derecho de acceso a la función pública) y en relación con el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), resume las alegaciones de las partes y la respuesta dada por las resoluciones judiciales impugnadas.

Sus alegaciones pueden concretarse en los siguientes puntos:

a) En relación con los derechos del art. 23 CE, es incuestionable que el ahora demandante ha obtenido la condición de diputado del Parlamento Catalán, por lo que su derecho de acceso ha sido respetado.

En cuanto al derecho de ejercicio, es cierto que el recurrente padece restricciones, pero las mismas derivan de la aplicación estricta de la ley, al haberse decretado su prisión provisional en una causa criminal seguida en su contra. Es la propia previsión legal la que determina dicha restricción, lo cual se acomoda tanto a la previsión constitucional del derecho en presencia, como a la doctrina de este Tribunal.

Por lo demás, las respuestas que haya recibido del Instructor de la causa especial, y, en su caso, de la Sala de Apelación, a sus peticiones de ejercicio de sus atribuciones como parlamentario, son ajenas a las resoluciones cuestionadas que se limitan a analizar la pertinencia de mantener la prisión provisional del ahora solicitante.

b) En relación con la libertad ideológica (art. 16 CE) –aunque también extensible a la libertad de expresión (art. 20 CE)-, se acomodan a la doctrina del Tribunal las resoluciones cuestionadas, ya que, frente a las afirmaciones que se hacen en la demanda, no hay elemento en las mismas que permita sostener que es la ideología del demandante la que ha determinado que se adopte la medida cautelar. No es su ideología independentista la que ha determinado que se decrete su prisión provisional, sino la utilización de medios violentos o tumultuarios.

Agrega que “en nuestro sistema jurídico no existe ninguna prohibición o limitación para sostener tesis independentistas en distintos territorios del Estado, ni para constituir partidos políticos que acojan dicho ideario independentista, ni para su expresión pública, lo que resulta de toda evidencia, dada la ideología del partido político a que pertenece el demandante y con el que ha concurrido a las elecciones al Parlamento Catalán con reiteración, partido que despliega su actividad sin ningún tipo de cortapisa. La existencia de un movimiento independentista catalán, apoyado por sectores muy amplios de la sociedad catalana, que se manifiesta cada vez que lo estima conveniente en defensa de sus postulados ideológicos pone bien a las claras que dicha ideología no es objeto de persecución de ninguna índole”.

D. Respecto a la invocación del derecho de defensa (art. 24 CE), tampoco esta queja puede ser acogida, a juicio del Ministerio Fiscal, pues el demandante no se refiere a ninguna vulneración de un derecho de defensa acaecida como consecuencia de su situación de prisión provisional, ni al incumplimiento de las normas procesales durante esta fase procesal, que haya supuesto merma o minoración de tal derecho.

Se refiere el demandante a su comparecencia ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la que derivó la decisión inicial de decretar su prisión provisional en una resolución ajena a lo ahora debatido. Así, alega que se le entregó la querrela de la Fiscalía General del Estado, que era de una enorme complejidad y extensión con referencia a otros procesos y con imputaciones muy graves como la de los delitos de rebelión y sedición, y que no dispuso ni de 24 horas para preparar dicha comparecencia.

Señala el Fiscal que conviene recordar que la querrela de la Fiscalía General del Estado que fue presentada en la Sala Segunda del Tribunal Supremo se refería a otras personas; y que “cuando el demandante fue citado ante el Juzgado Central de Instrucción lo fue en virtud de otra querrela, y en el seno de un procedimiento distinto cuyo conocimiento no le era ajeno”, o, al menos, no aduce que lo fuera.

Por lo demás, las irregularidades presuntamente acaecidas en dicha causa con anterioridad al ingreso en prisión del ahora demandante, y que debieron ser objeto de examen en la misma, son ajenas a lo decidido en las resoluciones que ahora se cuestionan, debiendo subrayarse que, en el proceso subyacente y en las decisiones judiciales impugnadas, el demandante ha podido desplegar su estrategia defensiva con plenitud, no señalando merma ni menoscabo de su defensa.

E. Finalmente, se refiere el Fiscal a las alegadas vulneraciones del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), para concluir que tampoco estas quejas pueden acogerse, basándose en los siguientes criterios:

a) Respecto del derecho a la legalidad penal, el demandante cuestiona la valoración jurídica de los hechos indiciariamente imputados en el proceso subyacente, efectuada tanto por el Instructor como por la Sala de Apelación, pero dicha queja es ajena a la tarea que

corresponde al Tribunal Constitucional cuando enjuicia las resoluciones judiciales que acuerdan la prisión provisional.

Según el Fiscal, las discrepancias con dicha calificación jurídica, por lo demás provisoria en el momento inicial de la instrucción, no son susceptibles de ser alegadas ante el Tribunal Constitucional al cuestionar las medidas privativas de libertad, pues pueden y deben ser discutidas a lo largo del procedimiento penal y sólo devienen firmes cuando el proceso termina mediante una decisión no susceptible de recurso alguno.

Afirma, como fundamento de lo anterior, que es doctrina constitucional reiterada que es a la jurisdicción ordinaria a la que compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, así como su valoración, por lo que la discrepancia en la calificación jurídica que ahora se trae ante el Tribunal Constitucional no puede ser examinada, al corresponderle al mismo únicamente examinar que la motivación de las resoluciones judiciales se lleva a cabo ponderando los derechos o intereses en conflicto, esto es, la libertad de la persona y la realización de la administración de la justicia penal en atención a los fines que constitucionalmente justifican la prisión provisional.

b) En cuanto a lo alegado en la demanda concerniente al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), según el Fiscal, tampoco cabe analizar en estos momentos la relevancia e incidencia de determinadas informaciones públicas que, por lo demás, no se concretan en la independencia del juzgador, por ser también materia ajena al contenido de las resoluciones judiciales que se cuestionan en el presente proceso de amparo.

8. La parte recurrente y el Procurador don Emilio Martínez Benítez no presentaron escrito de alegaciones.

9. Por providencia de 27 de noviembre de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra el auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018 que, al desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 4 de diciembre de 2017 dictado por el Magistrado Instructor de la causa especial núm. 20907-2017, confirmó el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza de don Oriol Junqueras Vies.

En la demanda, la parte recurrente invoca como vulnerados los derechos fundamentales al juez predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE), a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), a la participación política y a la representación (art. 23 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20.1 CE), a la defensa (art. 24.2 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Tanto el Fiscal ante este Tribunal Constitucional, como el partido político Vox personado en este proceso, han opuesto óbices de admisibilidad a varias de las quejas planteadas, que serán examinados en primer lugar. Subsidiariamente, ambos interesan la desestimación del recurso de amparo.

Por otra parte, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 dictada en la citada causa especial núm. 20907-2017, ha dejado sin efecto la situación de prisión provisional que se cuestiona en el presente recurso de amparo, lo que, sin embargo, no provoca la extinción del mismo por pérdida sobrevenida de su objeto. La razón, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, es que la citada sentencia no ha supuesto la reparación por el propio órgano judicial de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados en amparo. Nuestro enjuiciamiento se concreta al momento temporal de formulación de la demanda de amparo, atendiendo a las circunstancias concurrentes en esa ocasión a efectos de dilucidar si existió vulneración de tales derechos fundamentales (por todas, STC 83/2019, de 17 de junio, FJ 8, con cita de la STC 167/2005, de 20 de junio).

También, en lo que se refiere al proceso penal, hemos venido manteniendo una regla general, a tenor de la cual, “en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso” (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2;

76/2009, de 23 de marzo, FJ 3; y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En las sentencias citadas se ha reiterado que “el marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo”. En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; 54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 155/2000, de 12 de junio, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3; y 171/2009, de 9 de julio, FJ 2; así como los AATC 169/2004, de 10 de mayo, FFJJ 1 y 2; y 404/2004, de 2 de noviembre, FFJJ 3 a 5.

La aplicación de estos criterios jurisprudenciales a la queja analizada, han sido ponderados en la resolución de este recurso.

2. Cuestión previa: alegación sobre la imposibilidad de recusar a los Magistrados de este Tribunal.

Lo primero que es preciso abordar, por plantear una cuestión procesal atinente al propio recurso de amparo, es la alegación formulada por el recurrente sobre la imposibilidad de recusar a los Magistrados del Tribunal Constitucional, alegato que no se dirige contra las resoluciones judiciales impugnadas ni se formula como una solicitud de recusación.

A su juicio, se produce la vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) por la imposibilidad de recusar de forma efectiva a los Magistrados del Tribunal Constitucional. La alegación se funda, tal y como se ha expresado en los antecedentes, en la afirmación de que los procesos judiciales penales relacionados con lo que se ha denominado el “proceso de independencia de Catalunya” parten de la supuesta desobediencia a este órgano constitucional, habiendo llevado a cabo este Tribunal una “valoración jurídico penal de las conductas” de, entre otras personas, el ahora recurrente, al deducir testimonio de actuaciones al Ministerio Fiscal por si cupiera la formulación de acciones penales.

Esta queja se rechaza pues carece de una base objetiva de fundamentación, ya que, como sostiene el ministerio fiscal, el demandante no ha intentado la recusación de los Magistrados de este Tribunal Constitucional, lo que era posible de acuerdo con el art. 223 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de aplicación supletoria a los procesos constitucionales *ex art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)*.

La alegación, contenida en la demanda, poniendo en duda la imparcialidad del Tribunal que habría de enjuiciar el proceso de amparo no puede calificarse materialmente como una solicitud de recusación, y resulta, en el supuesto enjuiciado, manifiestamente inadecuada, por razones formales y sustantivas, para denunciar la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial y un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): a) por razones de procedimiento, porque no se ajusta a ninguna de las exigencias de forma legalmente establecidas para la recusación (art. 223.1 y 2 LOPJ) y que este Tribunal ha venido considerando esenciales (AATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 2, y 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2, y los citados en estos) y b) por razones de fondo, porque la alegación se formula de modo preventivo, asumiendo la conclusión alcanzada en el precedente ATC 119/2017, de 7 de septiembre, y sin indicación expresa de la concreta causa prevista en el art. 219 LOPJ, en que habría de fundarse, lo que también se ha estimado determinante en doctrina consolidada, que se inicia con el ATC 109/1981, de 30 de octubre, y reiteran, entre otros, los AATC 380/1993, de 21 de diciembre, 80/2005, de 7 de febrero, FJ 5, 126/2008, de 14 de mayo, FJ 2 y 269/2014, de 4 de noviembre, FJ 2, al subrayar que una recusación de este tipo que va referida al órgano mismo y no a sus integrantes, carece de sustantividad jurídica y no es acreedora de una decisión sobre el fondo.

### 3. Requisitos para la admisibilidad.

Con carácter previo al examen de fondo de las pretensiones de la demanda de amparo debemos pronunciarnos sobre la concurrencia de los requisitos para su admisibilidad establecidos en la LOTIC, pues, como hemos declarado en otras ocasiones (STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2 y más recientemente en STC 130/2018, de 12 de diciembre, FFJJ 3 a 5), los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque hayan sido inicialmente admitidos a trámite (por todas, SSTC 18/2002, de 28 de enero, FJ 3; y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2), de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de

inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 LOTC (por todas, STC 69/2004, de 19 de abril, FJ 3; o SSTC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2 y 174/2011 de 7 de noviembre, FJ 2).

Entre los requisitos de admisibilidad de toda demanda se encuentra, como expresión del carácter subsidiario del recurso de amparo, que se hayan agotado las posibilidades que el ordenamiento proporciona para lograr tal protección ante los órganos de la jurisdicción ordinaria [art. 44.1 a) LOTC], así como que se haya puesto de manifiesto (“denunciado formalmente”) la lesión del derecho fundamental en el proceso, si hubo oportunidad, tan pronto como ésta hubiera sido conocida por la parte [art. 44.1.c) LOTC], contribuyendo también con ello a la efectividad del carácter subsidiario del amparo constitucional.

#### 4. Falta de agotamiento de la vía judicial previa.

Como ha quedado reseñado, el partido político Vox aduce que el recurso incurre, respecto de las quejas referidas al art. 24 CE, en el óbice de falta de agotamiento de la vía previa [art. 44.1.a) LOTC] al no haber acudido la parte recurrente al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ frente al Auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018.

El incidente de nulidad de actuaciones constituye un instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (art. 241.1 LOPJ), de modo que su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación reseñado, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario (STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3).

En consecuencia, en el caso de que la ley conceda recurso, ordinario o extraordinario, frente a la resolución que la parte estime lesiva de su derecho, es este recurso el que deberá ser interpuesto por el interesado, sin que, tras el agotamiento de la cadena de recursos que legalmente quepan frente a la decisión de aquél, sea ya necesario que el recurrente reitere la queja a través de un incidente de nulidad que, por referirse a una vulneración ya denunciada con



anterioridad en el procedimiento, deviene manifiestamente improcedente a tenor del propio art. 241 LOPJ.

Como señaló el ATC 293/2014, de 10 de diciembre, FJ 2 y especialmente en el FJ 3, “la determinación en cada caso del remedio legalmente posible y, por tanto, exigible a los efectos del debido agotamiento de la vía judicial previa dependerá de la concreta vulneración que el recurrente denuncie en amparo y a qué resolución atribuya su causación”. A estos efectos debe recordarse que corresponde estrictamente a la demanda la fijación del objeto procesal del recurso de amparo, tanto en cuanto a la individualización del acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, como respecto de la razón para pedirla o *causa petendi* (SSTC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1; 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 2”).

Por consiguiente, en cuanto imputadas las vulneraciones de derechos fundamentales originariamente a la resolución dictada por el Magistrado Instructor, el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo exigía la interposición de recurso de apelación. Así lo hizo la parte recurrente, según se ha dejado constancia en los antecedentes, haciendo efectivo el requisito de la subsidiariedad al permitir que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre las infracciones denunciadas con ocasión de aquel recurso.

Ahora bien, el hecho de no haber promovido incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de la Sala de Recursos tiene relevancia, pues determina que las quejas ahora formuladas sólo resulten admisibles en cuanto que la lesión de los derechos fundamentales que denuncian fuera imputable inmediatamente al Auto del Magistrado Instructor [art 44.1 a) LOTC en relación con el citado art. 241.1 LOPJ]. Es decir, la constatación anterior condiciona la amplitud de nuestro análisis, que debe circunscribirse al examen de la vulneración de derechos fundamentales con origen “inmediato y directo” [art. 44.1 b) LOTC] en el Auto del Magistrado Instructor y, sólo en la medida en que dichas lesiones no fueron reparadas, en el Auto que resolvió el recurso de apelación interpuesto frente a aquel. Así pues, no cabría esgrimir queja autónoma alguna respecto del Auto de la Sala de Recursos del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018. Debemos añadir que lo anterior aparece respetado por la demanda rectora del presente proceso constitucional y no puede acogerse el óbice procesal de no haberse formalizado el incidente de nulidad de actuaciones.

#### 5. Falta de invocación previa del derecho fundamental alegado.

Para que puedan examinarse los motivos que integran la demanda de amparo es requisito indispensable, conforme al art. 44.1 c) LOTC, que “se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. En el caso, el recurso de apelación constituyó el trámite procesal idóneo para invocar los derechos fundamentales que se reputaban lesionados, dando así ocasión a que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre tales vulneraciones. Sólo de este modo quedaría preservado el carácter subsidiario del recurso de amparo, “evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional” (por todas, SSTC 42/2010, de 26 de julio, FJ 2; 91/2010, de 15 de noviembre, FJ 3; y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 2).

La finalidad apuntada de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo ha guiado la interpretación de este requisito y el contenido mínimo del que debe dotarse la invocación para que pueda considerarse cumplido. En tal sentido, el Tribunal ha rechazado una interpretación literal o excesivamente rigorista de este requisito, aunque el rechazo a tal entendimiento excesivamente formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que se desprende claramente del art. 53.2 CE, y el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho.

Por ello, en numerosas resoluciones, que constituyen doctrina jurisprudencial consolidada, este Tribunal ha declarado que si bien la invocación formal exigida por el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o los derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado. Así, se ha señalado que lo decisivo es que, a través de las

alegaciones que se formulen en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida (SSTC 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2 y 117/2014, de 8 de julio, FJ 3).

Aplicando esta doctrina, procede rechazar tal óbice respecto de la queja relativa al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), opuesto por el partido Vox, pues este derecho fundamental, aun innominado como tal en el escrito de interposición del recurso de apelación, se ha erigido en el eje central de todo el debate judicial, relativo a la concurrencia en el caso de los presupuestos y de las finalidades legítimas habilitantes de la medida cautelar de prisión provisional.

En cambio, a la vista del contenido del escrito de interposición del recurso de apelación, que ha quedado reseñado en los antecedentes de esta sentencia, procede acoger este óbice en relación con las quejas relativas a los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (art. 20.1 CE), así como del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al recurso, en este caso, a la doble instancia penal [art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)], y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En dicho escrito no solo no aparecen enunciados tales derechos fundamentales ni los preceptos de la Constitución (ni de ningún otro texto) en que están proclamados, sino que tampoco el contenido de las alegaciones comprendidas en tal escrito da pie a su toma en consideración por la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De este modo, es con la demanda de amparo cuando, *ex novo*, se formalizan tales quejas, sustrayendo así al Tribunal ordinario competente de su conocimiento y consiguiente posibilidad de reparación.

Se declara, por tanto, la inadmisión del recurso, *ex art. 50.1.a) LOTC*, con relación a estos cuatro motivos de la demanda: lesión de los derechos a la libertad ideológica y de expresión, del derecho al recurso y del derecho a la presunción de inocencia.

Cabe adelantar que a las anteriores quejas incursas en el óbice de falta de denuncia de la vulneración se unen otras, integradas como submotivos bajo los epígrafes correspondientes a

las pretendidas lesiones de derechos fundamentales que sí hemos considerado invocadas, a las que, por esta razón, nos referiremos en los fundamentos posteriores con ocasión de su examen.

#### 6. Derecho al juez predeterminado por la ley.

En la demanda se alega que la decisión cautelar por la que el Magistrado Instructor de la Sala Penal del Tribunal Supremo acordó el 4 de diciembre de 2017 mantener la prisión provisional comunicada y sin fianza del demandante, así como la de la Sala de Recursos que la ratificó el siguiente 5 de enero de 2018, vulneran su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en cuanto “el Tribunal Supremo no tiene competencia objetiva alguna para investigar o enjuiciar los hechos” que se le atribuyen en la causa penal.

Aún de forma lacónica y no desarrollada, esta vulneración se hizo valer en la primera de las alegaciones del recurso de apelación presentado por el demandante contra la decisión del Magistrado Instructor cuestionada. Tal constatación impide apreciar el incumplimiento de la exigencia de invocación previa que ha solicitado el Ministerio Fiscal y la representación procesal del partido político Vox. Por la misma razón, no era exigible en este caso solicitar adicionalmente la nulidad de la resolución recurrida a través del incidente previsto en el art. 241 LOPJ, pues el contenido de la queja se hizo ya valer ante la Sala de Recursos de la Sala Penal del Tribunal Supremo que, al analizarla, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la misma.

No obstante, en este caso, como en el analizado en las SSTC 129, 130 y 131/2018, de 12 de diciembre (del Pleno), el momento procesal en el que se ha planteado la solicitud de amparo es relevante. Nos encontramos en un supuesto en el que, sin haber finalizado el proceso *a quo*, se acude ante este Tribunal por una aducida vulneración de derechos fundamentales procesales producida en el seno de una causa penal que se hallaba sin haber sido resuelta de forma definitiva, como ya evidenció el precedente Auto de 27 de diciembre de 2018, dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que confirmó su competencia.

Tal circunstancia procesal, puesta en relación con la naturaleza y contenido del derecho fundamental alegado (art. 24.2 CE), impide entender satisfecha la previsión establecida en el art. 44.1 a) LOTC, conforme a la cual, cuando se dirige contra actos de un órgano judicial, es requisito de admisión del recurso de amparo, “que se hayan agotado todos los medios de

impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”.

Como señaló el Pleno en la STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 3, en casos como el presente, en tanto se cuestiona en amparo la decisión cautelar adoptada después de haber presentado los recursos ordinarios que caben contra la misma, puede parecer que los demandantes han agotado los recursos legalmente exigibles en la vía incidental o interlocutoria en la que se adoptan las decisiones judiciales cuestionadas (habitualmente recursos de reforma y apelación), pero la satisfacción del requisito de admisibilidad dirigido a garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo es sólo aparente cuando, no habiendo finalizado el proceso, tiene el demandante todavía ocasión de plantear ante la jurisdicción ordinaria la vulneración del derecho fundamental invocado y tiene también la posibilidad de que esa denunciada vulneración de derecho fundamental sea apreciada. Dicho de otra forma, no se trata propiamente del agotamiento de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución cuestionada en sí misma considerada, sino de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, para descartar que aún quepa en su seno el planteamiento y reparación de la supuesta vulneración; por lo que el respeto a la naturaleza subsidiaria del amparo exige que, sobre cada contenido concreto, se espere a que la vía judicial finalice por decisión firme y definitiva, lo que conlleva inevitablemente asumir una cierta dilación en el pronunciamiento sobre tales contenidos.

En el caso examinado, el demandante tenía todavía, en su caso, la oportunidad procesal de plantear diversas cuestiones cuyo examen no se había producido ante el Tribunal de enjuiciamiento, entre otras y como artículo de previo pronunciamiento, la declinatoria de jurisdicción que fue rechazada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el invocado Auto de 27 de diciembre de 2018, que confirmó la competencia de la Sala para el conocimiento de los hechos enjuiciados y que era susceptible de ulterior recurso ordinario.

Así, hemos tenido oportunidad de señalar en la ya citada STC 130/2018, que “no constituye un fundamento adecuado que permita dar por agotada la vía judicial en esta materia la alegación del contenido del derecho al juez legal como motivo de un recurso que impugna una decisión cautelar, incidental o interlocutoria. No lo es porque quien ha de resolver el recurso, sea el Magistrado Instructor, la Sala de Admisión o la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal (Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General

del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2017, BOE de 30 de diciembre de 2016), no resuelve definitivamente la cuestión con su pronunciamiento; ni tampoco, al pronunciarse, cuenta con los mismos elementos de juicio que ha de tomar en consideración la Sala de enjuiciamiento dado que, en el momento procesal en que ésta última se pronuncia, la instrucción ha finalizado, el procesamiento ya es firme y se han formulado los escritos de acusación y decretado la apertura del juicio oral, delimitando así objetiva y subjetivamente los hechos y personas que configuran el debate procesal” (FJ 7).

Las consideraciones y doctrina constitucional expuestas permiten concluir, dado el momento procesal en el que se planteó, que era prematura la alegada vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a través de las que se denunció la falta de competencia objetiva de la Sala Penal del Tribunal Supremo para conocer de la causa penal.

#### 7. Examen de la queja relativa al derecho fundamental a la defensa (art. 24.1 CE).

Respecto del derecho de defensa (art. 24.1 CE), como ha quedado expresado, la demanda sostiene esta queja sobre tres bases argumentativas diferenciadas: a) la situación de prisión provisional del recurrente, por la lejanía respecto de su letrado y por las condiciones en que se llevan a cabo las comunicaciones, provoca una limitación para el ejercicio del derecho a la defensa; b) la existencia de los que denomina “procedimientos paralelos”, puede llevar, si no se extrema la prudencia, a provocarle indefensión; c) la negativa del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 a la suspensión de las declaraciones de otros investigados, la extensión de la querrela formulada por el Ministerio Fiscal y la premura con que se señaló su comparecencia, también le habría causado indefensión.

La respuesta a este motivo del recurso de amparo exige las siguientes consideraciones:

a) Conviene, en primer lugar, recordar que la demanda de amparo se dirige frente a las resoluciones, dictadas en la fase de instrucción de la causa especial núm. 20907-2017, que confirman el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza de don Oriol Junqueras Vies. Dichas resoluciones determinan el objeto del presente

proceso constitucional de amparo y condicionan la amplitud del análisis que procede efectuar en él.

De ello se derivan dos importantes consecuencias por lo que se refiere a la queja que nos ocupa:

1ª. El recurrente ha acudido en amparo tras haber agotado los recursos legales previstos frente a la decisión de mantenimiento de la prisión provisional previamente decretada. En tal medida, las supuestas limitaciones de su derecho de defensa, esto es, de la posibilidad de participar en el proceso, alegar y proponer prueba en situación de igualdad procesal en defensa de sus intereses, han de ser examinadas, exclusivamente, a partir del contenido del art. 17 CE y, por ello, pese a su estrecha conexión, carecen de autonomía propia (entre otras, SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 120/2004, de 12 de julio, FJ 2; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 2; 27/2008, de 11 de febrero, FJ 3; y 50/2009, de 23 de febrero, FJ 4).

Como hemos reiterado, el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad y seguridad incluye garantías formales que conforman el procedimiento exigido para acordar su privación, ya sea por previsión legal expresa que desarrolle el contenido del art. 17 CE (contenido adicional del derecho a la libertad personal determinado por el legislador ordinario), ya sea por referencia al contenido mínimo procedimental que dimana de la propia regulación constitucional recogida en el precepto que se aduce como vulnerado, en este caso, en relación con la decisión cautelar de privación de libertad. Singularmente, no solo hemos reconocido que “las garantías exigidas por el art. 17.3 –información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada– hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado” (STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3), sino que, con una perspectiva más general, en la STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3, se puntualizó que la proscripción de cualquier forma de indefensión, recogida en el artículo 24.1 CE, no se refería únicamente a las actuaciones judiciales, sino que dicho precepto “debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena”.

De esta forma, cualquier otra consideración sobre las posibilidades de defensa en el proceso penal, en general, entendida como defensa frente a la acusación, excedería del objeto de este recurso de amparo y tendría un carácter preventivo dado el estado de desarrollo procesal en el que se encontraba la causa penal cuando se dictaron las resoluciones cuestionadas. En este mismo sentido, y a propósito del control en amparo de la detención gubernativa instado en vía judicial a través de un procedimiento de habeas corpus, hemos afirmado en la STC 21/2018, de 5 de marzo, que sería prematuro cualquier pronunciamiento que pudiera formularse en este proceso desde la perspectiva del derecho de defensa frente a una acusación penal [FJ 4, b)].

2ª. En la medida en que lo que aquí se impugna es el mantenimiento de una situación que ha sido previamente constituida por otra resolución judicial, las cuestiones que atañen a esta última, resultan, en principio, ajenas a este proceso constitucional de amparo. Debe repararse en que la decisión inicial de prisión provisional del recurrente recayó, en circunstancias fácticas diferenciadas, en un procedimiento tramitado por otro órgano judicial y con mecanismos propios de tutela de los derechos fundamentales concernidos. En todo caso, sólo tendría cabida el análisis de las infracciones procesales presuntamente habidas en dicho procedimiento precedente en cuanto fueran trasladables a las decisiones aquí impugnadas.

b) En relación con las irregularidades procedimentales en las actuaciones judiciales, este Tribunal ha reiterado que su relevancia constitucional exige la causación de una efectiva indefensión material. De acuerdo con esta doctrina, que se ha hecho extensiva a la revisión de las garantías procesales en relación con la prisión provisional (SSTC 50/2009, FJ 3; 65/2008, de 29 de mayo, FJ 2, y 66/2008, de 29 de mayo, FJ 2), la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas, SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3; y 127/2011, de 18 de julio, FJ 3).

c) Es asimismo doctrina constitucional reiterada que no corresponde al Tribunal “reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de quien pide amparo constitucional no solamente abrir la vía para que podamos pronunciarnos, sino también proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del



Tribunal Constitucional” (por todas, STC 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 3). La argumentación sobre la indefensión material constituye también una carga procesal del recurrente en amparo (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3).

Las consideraciones anteriores conducen al rechazo de esta queja. Tienen en común las tres argumentaciones reseñadas que se presentan en la demanda referidas más a la defensa frente a la acusación en el proceso penal, que frente a la situación de mantenimiento de la prisión provisional. Se produce, además, respecto de todas ellas, un incumplimiento de la carga alegatoria que pesaba sobre la parte recurrente en relación con el requisito de indefensión material, pues no ha justificado en su demanda de amparo la incidencia que las situaciones descritas han tenido en la concreta decisión adoptada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

A lo anterior cabe añadir que la última de ellas, que tampoco se reprodujo en el recurso de apelación que nos afecta, contiene un reproche dirigido a la actuación procesal de un órgano judicial diferente, como es el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que culminó con una decisión que no es aquí la impugnada, que debió, en su caso, invocarse antes del dictado de la misma y, después, hacerse valer mediante los oportunos recursos (de reforma y/o de apelación) frente a aquella. Además, la demanda no contiene argumentación alguna dirigida a fundar su afirmación de que “las resoluciones recurridas actualmente arrastran” el vicio de indefensión. Por el contrario, a la vista del desarrollo del procedimiento del que se ha dejado constancia y que condujo al Auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, este Tribunal no aprecia razón alguna por la que dicho defecto, de existir y ostentar la relevancia constitucional pretendida, fuera trasladable a aquella resolución.

#### 8. Examen de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

En primer lugar, hemos de reiterar que este amparo se impetra frente a las resoluciones judiciales mediante las que se acuerda y confirma, respectivamente, el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza del demandante, decisión en la que tal derecho fundamental no resulta concernido.

Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), en cuanto garantiza los principios de tipicidad y taxatividad en la interpretación y aplicación de las normas que

delimitan las infracciones, que es la dimensión que aquí se esgrime, impone por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la Administración sancionadora y de los órganos judiciales a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente (por todas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 9/2006, de 16 de enero, FJ 3). Esta perspectiva del derecho a la legalidad penal protege a su titular no sólo de aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también frente a aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5). Su campo de acción se circunscribe a la aplicación de normas sancionadoras, de modo que sólo una resolución de esta naturaleza podría vulnerar este derecho fundamental.

En cuanto a la denuncia de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al dirigirse contra resoluciones que no aplican normas sancionadoras, debe rechazarse de plano al no poder imputarse dicha vulneración, de modo inmediato y directo, a los actos judiciales impugnados, como exige nuestra Ley Orgánica reguladora [art. 44.1, primer párrafo, y art. 44.1 b) LOTC]. Cuestión diferente, que abordaremos a continuación, es la relativa al control constitucional de la operación de subsunción provisional de los indicios en un tipo delictivo, como presupuesto de la prisión provisional, control que debe encuadrarse también en el seno del derecho fundamental reconocido en el art. 17 CE.

#### 9. Esquema de las quejas referidas al derecho a la vida familiar y a la libertad personal.

Aduce el recurrente que el mantenimiento de la situación de prisión provisional vulnera el derecho a la libertad personal contemplado en los arts. 17 CE y 5 CEDH, así como el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del CEDH. Vistas las diferentes vulneraciones que engloba el motivo, en primer lugar se analizará la queja referida a la vulneración del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) y, en segundo término, los diferentes aspectos vinculados propiamente con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), incluida la censura que el demandante formula, al socaire de la conculcación del art. 25.1 CE, respecto de la subsunción provisional de los indicios en el tipo delictivo que efectúa el órgano instructor, al haberse

articulado materialmente esa queja como una objeción al presupuesto de la prisión provisional, es decir a la existencia de vestigios de criminalidad en la conducta del recurrente.

#### 10. Falta de invocación de la vulneración del derecho a la vida familiar

Con carácter preliminar procede despejar, a continuación, si la queja atinente a la vulneración del derecho a la vida familiar que, según sostiene el recurrente, encuentra especial mención y desarrollo en el art. 8 CEDH y en la jurisprudencia del TEDH, ha sido oportunamente suscitada en el procedimiento judicial.

El Ministerio Fiscal apunta en sus alegaciones que esa vulneración no ha sido denunciada en el proceso previo y del examen del escrito de interposición del recurso de apelación se desprende que la vulneración del referido derecho no fue invocada ni, consecuentemente, el auto de fecha 5 de enero de 2018 resuelve sobre esa pretensión; y, por ello, hemos de colegir, de consuno con el Ministerio Fiscal, que en la vía judicial precedente no se ha intentado la reparación de la lesión anteriormente expuesta.

En el FJ 3 de esta Sentencia nos hemos referido al alcance y relevancia del requisito para la admisión del recurso de amparo a que se refiere el art. 44.1.c) LOTC, consistente en “[que se haya denunciado formalmente, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como hubiera lugar para ello”. Trasladada esa doctrina a la queja que ahora nos ocupa, debemos ratificar la inadmisión de este motivo, habida cuenta de que la invocación del derecho pretendidamente vulnerado se plantea por primera vez en esta sede constitucional, sin que fuera suscitada en la vía judicial y, por tanto, un eventual pronunciamiento sería contrario al principio de subsidiaridad inherente al recurso de amparo.

Además, la invocación del art. 8 del CEDH no se corresponde con un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional de los previstos en la Sección 1ª, cap. II, Título I de la CE, lo que no excluye la protección, dentro de nuestro ordenamiento constitucional, de ese espacio vital al que también se refiere el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6).

### 11. Doctrina jurisprudencial sobre la libertad personal:

En las SSTC 50/2019, de 9 de abril, FJ 3 b) y c); y STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 5, se acuerda “b) ... dar por reproducida la exposición de la doctrina general de este Tribunal sobre el derecho fundamental a la libertad contenida en el fundamento jurídico 3 de la ya citada STC 29/2019, de 28 de febrero, en lo relativo a los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, modificabilidad y limitación temporal de la prisión provisional [letra a)], al presupuesto de la prisión provisional, que es la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo [letra b)], y, finalmente, a la imprescindible presencia de fines constitucionalmente legítimos, como pueden ser los de evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de justicia, la prevención del riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso y la necesidad de conjurar el peligro de reiteración delictiva [letra c)]. Estos serán los presupuestos doctrinales con los que abordaremos la resolución de la queja planteada por la recurrente.

Debemos reiterar, asimismo, el canon establecido en nuestra doctrina para revisar la conformidad con el art. 17 CE de la fundamentación de una decisión cautelar de prisión provisional. Como hemos señalado, “al Tribunal Constitucional le compete ‘supervisar la existencia de motivación suficiente -en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido- y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución’ [STC 128/1995, FJ 4 b)]” [STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 d)]”.

12. Análisis de la denuncia relativa a la inexistencia de presupuesto de la prisión provisional por la ausencia de indicios de criminalidad.

Procede resolver la queja atinente a la ausencia de presupuesto que legitime la prisión provisional. El demandante cuestiona que los hechos sean constitutivos de las infracciones penales en que se asienta el riesgo de reiteración delictiva apreciado por el órgano judicial. Sucintamente, tilda de novedosa, imprevisible, y, en definitiva, inasumible por asistemática y contraria a la letra y el espíritu de la ley, a la exégesis que de los tipos penales lleva a cabo dicho órgano, a fin de encuadrar el comportamiento de aquél en los mismos, pues refuta que se haya producido la “violencia” y el “alzamiento público” que requiere el delito de rebelión previsto en el art. 472 CP, o el alzamiento público tumultuario que demanda el delito de sedición (art. 544 CP). También rechaza la existencia de indicios de un delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) pues, según afirma, no hay dato fehaciente alguno que avale que el referéndum celebrado el 1 de octubre de 2017 fue financiado con alguna partida presupuestaria.

Esas objeciones ya fueron, en esencia, planteadas en el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2017 y, en el FJ 2 del auto de fecha 5 de enero de 2018, el Tribunal de apelación ofrece una detallada respuesta cuyo contenido esencial se refleja en los antecedentes de esta resolución y que, sin perder de vista la provisionalidad que impone el momento procesal en que se plantea la impugnación, corrobora la interina apreciación fáctica y la calificación jurídica efectuada por el órgano instructor, tras analizar la entidad, significación y finalidad de los acontecimientos tenidos en cuenta, las consecuencias que en un futuro podrían haberse producido, la subsunción de los hechos en las figuras delictivas que indiciariamente se aprecian y la participación que cabe atribuir al demandante, teniendo en cuenta la naturaleza de las infracciones penales, el marco organizado en que se producen y la singular posición de poder que el recurrente ostentaba.

Este último pretende, en esa sede, obtener una revisión del criterio seguido por el Instructor en el auto de fecha 4 de diciembre del 2017. Sin embargo, antes de ofrecer una respuesta a ese pedimento, procede traer a colación el canon de enjuiciamiento con el que este Tribunal debe operar y que ahora de manera abreviada reproducimos: es a la jurisdicción ordinaria a la que correspondía dilucidar si concurrían elementos fácticos y jurídicos en que se asentaban los indicios de criminalidad que sustentaban la medida cautelar, de modo que no resolvemos si concurren esos factores, sino únicamente realizamos un control externo acerca de la suficiencia y razonabilidad del juicio valorativo llevado a cabo por los órganos judiciales. Por

ese motivo, este Tribunal no puede resolver la denuncia de vulneración como si fuera una instancia facultada para revisar con plenitud los hechos que se estiman indiciariamente acreditados y la calificación jurídica que se les ha asignado. No nos corresponde decidir, hemos de insistir en ese punto, sobre si los órganos judiciales han procedido acertadamente al esclarecer los vestigios de criminalidad o si, por el contrario, resulta ser más adecuada la propuesta alternativa por la que postula el demandante, con riesgo de contravenir la función que constitucionalmente nos corresponde y, en consecuencia, extralimitarnos en nuestro cometido.

Por tanto, conforme al parámetro expuesto, debemos afirmar que los argumentos que reflejan los indicios de criminalidad que, con la provisionalidad que impone el estadio procesal en que fue adoptada la medida cautelar, han servido al órgano judicial para fundamentar el presupuesto de la misma, no incurren en ninguno de los vicios que lo invalidarían de acuerdo a nuestra doctrina. La motivación que se dispensa alcanza el grado de suficiencia e individualización requerido y no se aprecian quiebras lógicas en la fundamentación o juicios de inferencia manifiestamente irrazonables. Así pues, la queja debe ser desestimada.

13. Análisis de las restantes vulneraciones: proporcionalidad, riesgo de reiteración delictiva no actual e incidencia de la ideología.

A continuación procede analizar las restantes denuncias en las que el recurrente invoca, expresamente, la vulneración del derecho reconocido en el art. 17.1 CE. En primer término sostiene que, pese al carácter excepcional de la prisión provisional, el órgano judicial no efectuó ningún juicio ponderativo sobre la proporcionalidad de la medida adoptada en el caso concreto. En un segundo bloque argumental, afirma que la apreciación del riesgo de reiteración delictiva no se fundó en ningún razonamiento objetivo. También opone que tal riesgo no es actual, toda vez que el demandante no se ha presentado como candidato a Presidente de la Generalitat y, también alega, que ninguno de los investigados que se hallan en libertad han persistido en el actuar que se considera delictivo, por lo que no hay razón para considerar que él sí podría reincidir. Finalmente, concluye que la causa real por la que se mantiene la medida cautelar contra él deriva de la ideología y los principios que profesa.

Antes de ofrecer una respuesta a las alegaciones del recurrente, debemos hacer una precisión previa. No corresponde a este Tribunal dilucidar si, como plantea el recurrente, concurría el riesgo de reiteración delictiva apreciado en las resoluciones impugnadas. Por el

contrario, hemos de indicar que nuestro cometido se circunscribe a responder si, en la fecha en que se acordó mantener la situación de prisión provisional respecto del recurrente, a saber, el 4 de diciembre de 2017, la motivación dispensada para justificar el riesgo de reiteración delictiva cumple con los requisitos exigidos por la doctrina constitucional. Por ello, queda fuera de nuestro enjuiciamiento la valoración de circunstancias tales como que el demandante no se postulara para Presidente de la Generalitat o el eventual comportamiento de otros investigados que estuvieran en libertad.

Hecha la anterior precisión, procede despejar si, en efecto, la decisión de mantener al recurrente en prisión omite cualquier juicio ponderativo sobre la proporcionalidad de esa medida. Sobre este punto, en los apartados 2 a 6 del FJ 4 del auto del Instructor de la causa penal de 4 de diciembre de 2017, claramente se explicitan las razones por las que, tras detectar la concurrencia del riesgo de reiteración delictiva, el órgano judicial consideró que en algunos de los entonces investigados tal temor podía ser paliado con medidas menos gravosas mientras que, en relación con el recurrente y otras personas, en el apartado 6 del referido fundamento jurídico se reflejan claramente los motivos por los que esa amenaza demandaba la medida cautelar que en este recurso de amparo se cuestiona. En síntesis, se afirma que, si el recurrente perseverara en su obrar delictivo, se producirían los serios perjuicios que en la citada resolución se expresan; o, dicho con otras palabras, que de materializarse el riesgo de reiteración delictiva respecto del recurrente y de otros investigados, la lesividad de esa reincidencia en relación con los bienes jurídicos dignos de protección sería particularmente grave, de suerte que ese peligro debía ser remediado, según razonan los órganos judiciales, mediante la excepcional medida de la prisión provisional.

Conforme a lo expuesto no cabe negar que, vistos los términos del auto por el que se acuerda el mantenimiento de la prisión provisional, dado el canon de control al que estamos sujetos, hemos de señalar que la resolución combatida contiene un juicio de proporcionalidad, en tanto efectúa un juicio comparativo que desvela los motivos por los que tan gravosa medida era necesaria respecto del recurrente y, sin embargo, no para otros investigados, sin que esa argumentación pueda ser tildada de arbitraria o irrazonable. Por todo ello, la queja se desestima.

Resta por analizar la denuncia relativa a la falta de fundamentación objetiva del riesgo de reiteración delictiva, pues lo que se reprocha al órgano judicial es que el peligro de

reiteración delictual se apoya en simples apreciaciones subjetivas, carentes de soporte real que las justifique.

A tal alegato debemos oponer que la resolución recurrida no incurre en esa deficiencia, ya que el auto de fecha 4 de diciembre de 2017 expresa cuáles son los componentes esenciales del riesgo de reiteración delictiva, entendido como uno de los fines que legitiman la adopción de la prisión provisional: de un lado, la probabilidad de que el investigado pudiera reincidir en la comisión de infracciones penales y, de otro, la magnitud de la lesividad del resultado si la reiteración llegara a producirse (apartado 3 del FJ 4, al que nos remitimos).

Además, el Auto destaca los aspectos más relevantes del “denominado plan de actuación para la desconexión forzosa y garantizar el éxito de una eventual vía unilateral” que aparece recogido en el documento “Enfocats” incautado por la Guardia Civil, para luego significar los motivos que llevan a no adoptar la prisión provisional respecto de alguno de los investigados y, sin embargo, considerar adecuado el mantenimiento de esa medida cautelar respecto de otros, entre los que se encuentra el demandante, en atención a su pretérita actuación y su preeminente posición.

Así pues, sin traspasar los límites que nos impone el canon al que estamos sujetos, decimos que el riesgo de reiteración delictiva que exteriorizan las resoluciones impugnadas se funda en datos objetivables de los que se deduce un peligro de persistencia delictiva, sin que tal deducción pueda ser considerada absurda, irrazonable o caprichosa ni que, como sostiene el demandante, pretenda encubrir la verdadera causa por la que se mantiene la medida cautelar: la ideología y los principios que este último profesa. Como así se refleja en el FJ 6 del auto de fecha 5 de enero de 2018 que resuelve el recurso de apelación, lo determinante del peligro de reiteración delictiva que se aprecia no es que el recurrente mantenga su aspiración de que Cataluña alcance la independencia, sino la perseverancia en el modo en que ese designio se pretende lograr, con las consecuencias que ello comportaría para el orden constitucional. Por todo ello, esta queja también debe ser rechazada.

#### 14. Derecho a la participación y representación políticas (art. 23 CE).

Las resoluciones judiciales impugnadas -autos del Magistrado Instructor de 4 de diciembre de 2017 y de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de



enero de 2018-, que confirman el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional y sin fianza del recurrente en amparo, destruyen, en opinión de éste, los derechos políticos de los que es titular y los de la ciudadanía a quien representa. Considera que ha sido víctima de una discriminación infundada en su derecho de acceso al cargo público representativo (art. 23.2 CE) y que se ha visto privado del ejercicio de las funciones propias del mismo, pese a haber adquirido plenamente la condición de diputado. En este sentido, enuncia, a título de ejemplo, como facultades afectadas que pertenecen al núcleo de la función representativa, las de información, interrogación, tramitación de propuestas, presentación de enmiendas, etc.

En cuanto el art. 23.2 CE garantiza el mantenimiento en el cargo representativo sin perturbaciones ilegítimas, el Juez no puede imponer restricciones a su ejercicio más allá de los imperativos del principio de igualdad y del fin legítimo (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6), de modo que el demandante sólo puede ser removido del cargo público al que ha accedido por las causas y conforme al procedimiento legalmente establecidos. El Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC), que es la norma a la que corresponde ordenar los derechos y atribuciones de los parlamentarios, prevé los casos tasados en los que puede acordarse su suspensión. Así, el art. 25.2 b) RPC únicamente contempla dos supuestos en los que puede suspenderse la condición de diputado, en ninguno de los cuales encajan las resoluciones judiciales impugnadas. En esta línea argumental, el demandante aduce que el auto del Magistrado Instructor de 12 de enero de 2018 ha venido a imposibilitarle el ejercicio de cualquier atribución como parlamentario, aplicando una “incapacitación legal” con base en una interpretación del RPC contraria a todo precedente.

15. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la participación y representación políticas (art. 23 CE).

El análisis sobre si se ha producido la denunciada lesión del derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), exige tomar en consideración la reiterada doctrina constitucional sobre el contenido y la vinculación existente entre ambos derechos fundamentales.

A) El art. 23.2 CE, en lo que ahora interesa y dejando al margen el derecho de acceso a las funciones públicas, reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Derecho sobre cuyo alcance material este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas resoluciones (por todas, SSTC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4).

a) Desde las SSTC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2), y 32/1985, de 6 de marzo (FJ 3), hemos afirmado que el derecho a acceder a los cargos de naturaleza representativa implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas [en el mismo sentido, SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 71/1994, FJ 6; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 a); 11/2017, de 10 de enero, FJ 3 a); y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 a)].

Esta última garantía adicional resulta de particular relevancia cuando, como ocurre en el presente caso, la petición de amparo se presenta por un representante parlamentario en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que, en tal supuesto, resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el art. 23.1 CE [SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 1/2015, de 19 de enero, FJ 3; y 47/2018, de 26 de abril, FJ 3 a)].

Acerca de esta relación entre los derechos reconocidos en ambos apartados del art. 23 CE, este Tribunal ha señalado que, cuando se trata de cargos representativos, el derecho enunciado en el art. 23.2 CE ha de ponerse en conexión con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE). Relación de obligada constatación si se tiene en cuenta que son los representantes, justamente, quienes actualizan aquel derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, al margen ahora del carácter directo que el propio precepto garantiza. Se trata de “dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y el pluralismo político consagrados en el art. 1 CE”, que se presuponen mutuamente y aparecen “como modalidades o variantes del mismo principio de representación política” [STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 c), con cita de las SSTC 119/1985, de 11 de octubre, FJ 2, y 71/1989, de 20 de abril, FJ 3; doctrina que reitera la STC

139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 d)]. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como indirectamente el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado ilegalmente en su ejercicio [SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 3; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 a); 11/2017, de 30 de enero, FJ 3 a); 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 d); y 49/2018, de 10 de mayo, FJ 4].

b) El derecho de acceso a los cargos públicos, como inequívocamente se desprende del inciso final del propio art. 23.2 CE, es un derecho de configuración legal correspondiendo a la ley (concepto en el que se incluyen los reglamentos parlamentarios) ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos públicos, pasando aquéllos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el estatus propio de cada cargo, con la consecuencia de que sus titulares podrán defender, al amparo del art. 23.2 CE, el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos de los poderes públicos [SSTC 27/2000, de 31 de enero, FJ 4; 36/2014, de 27 de febrero, FJ 5; 107/2016, de 7 de junio, FJ 4 B); 143/2016, de 19 de septiembre, FJ 3; 224/2016, de 19 de diciembre, FJ 2 b); 11/2017, de 30 de enero, FJ 3 b); 47/2018, de 26 de abril, FJ 3 b); y 49/2018, de 10 de mayo, FJ 4].

c) También caracteriza al precepto constitucional en que se recoge el mencionado derecho fundamental el amplio margen de libertad que confiere al legislador para regular el ejercicio del derecho, si bien su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que impone el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, y, de otra, cuando se trata de cargos públicos representativos, la necesidad de salvaguardar su naturaleza [STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 a), con cita de las SSTC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2].

d) En fin, el derecho a acceder a los cargos públicos representativos “no es, ante todo, y al igual que ocurre con el resto de los derechos, incondicionado o absoluto, no es ilimitado, en la más usual de las formulaciones; es, por el contrario, [...] un derecho delimitado en su contenido, delimitado tanto por su naturaleza como por su función” (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6).

Como dijimos en esta última Sentencia, “[e]n un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución ha conformado, el grupo minoritario de ciudadanos a los

que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición por eso mismo necesariamente singular, con proyección sobre las condiciones de permanencia en [...] el cargo público”. De modo que “su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental”, sino que “a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad”, de lo que resulta que “si bien la permanencia en [...]el] cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, se trata de un derecho de permanencia en un status cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado. Esto es lo que ha querido decir la Constitución al remitirse a «los requisitos que señalen las leyes»” (*ibídem*).

Así pues, aunque el derecho de acceso a los cargos públicos se impone en su contenido esencial también al legislador, éste podrá regularlo e imponer limitaciones y restricciones a su ejercicio que, respetando ese contenido y los imperativos del principio de igualdad, se ordenen desde la perspectiva constitucional a un fin legítimo, en términos proporcionados a dicha válida finalidad (*ibídem*). Limitaciones y restricciones al ejercicio del derecho que pueden provenir de las normas legales que lo regulen o incidan en el mismo, y, por tanto, también de los aplicadores de dichas normas y, en especial, de los órganos judiciales, si bien en este caso tales injerencias, de conformidad con nuestra doctrina sobre los límites o restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales, han de estar previstas por la ley, han de responder a un fin constitucionalmente legítimo, han de ser adoptadas mediante resolución judicial especialmente motivada y, en fin, no han de manifestarse desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por ellas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 11/2006, de 16 de enero, FJ 2; y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 7).

B) Los criterios reseñados de la doctrina de este Tribunal en relación con el contenido y límites del derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE) son semejantes a los que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el art. 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (CEDH), que, bajo la rúbrica “Derecho a las elecciones libres”, dispone que “[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”. Jurisprudencia esta última que *ex art.* 10.2 CE

constituye un relevante elemento hermenéutico en la determinación del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 8/2017, de 19 de enero, FJ 4).

a) El TEDH ha destacado que “el art. 3 del Protocolo núm. 1 consagra un principio fundamental en un régimen político verdaderamente democrático y, por tanto, reviste en el sistema del Convenio una importancia capital [STEDH de 2 de marzo de 1987 (asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, § 47)]. La democracia representa un elemento fundamental del «orden público europeo», y los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo núm. 1 son cruciales para el establecimiento y el mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia regulada por la preeminencia del derecho [STEDH de 16 de marzo de 2006 (asunto *Zdanoka c. Lituania*, § 98 y 103)]” [STEDH de 30 de junio de 2009 (asunto *Etexeberría y otros c. España*, § 47)].

Estos derechos del art. 3 del Protocolo núm. 1, inherentes al concepto de régimen democrático, serían meramente ilusorios si un representante electo del pueblo o sus electores pudieran en cualquier momento ser privados de ellos arbitrariamente. El TEDH recuerda que el art. 3 del Protocolo núm. 1 garantiza el derecho de toda persona a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato [SSTEDH de 5 de abril de 2007 (asunto *Sailay c. Turquía* § 27); de 29 de septiembre de 2007 (asunto *Sobaci c. Turquía* § 27); de 13 de octubre de 2015 (asunto *Riza y otros c. Bulgaria* § 141)].

b) Los derechos reconocidos en el art. 3 del Protocolo núm. 1 no son absolutos. Tal como los reconoce el art. 3, sin enunciarlos en términos expresos ni definirlos, hay espacio para “las limitaciones implícitas” [STEDH de 1 de julio de 1997 (asunto *Gitonas y otros c. Grecia*, § 39)]. Los Estados gozan de un amplio margen de apreciación al imponer condiciones al derecho de voto y de presentarse a las elecciones, correspondiendo al TEDH determinar en última instancia si los requisitos de este artículo se han cumplido. Para ello, “tiene que convencerse de que las condiciones no 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 (ver *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, anteriormente citada, § 52; *Gitonas y otros c. Grecia*, también citada, § 39)” [SSTEDH de 6 de abril de 2000 (asunto *Labita c. Italia*, § 201) y 21 de febrero de 2012 (asunto *Abil c. Azerbayán*, § 43)].

La noción de “limitación implícita” que se deriva del art. 3 del Protocolo número 1 al CEDH significa también que, al enjuiciar su alegada vulneración, el TEDH no aplica los criterios tradicionales de “necesidad” o de “necesidad social imperiosa” que son los empleados en el ámbito de los arts. 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (Libertad de expresión) y 11 (Libertad de reunión y asociación) del Convenio. Cuando tiene que conocer de cuestiones referidas a la conformidad de una restricción al art. 3 del Protocolo núm. 1, el TEDH se atiene esencialmente a dos criterios: por una parte, investiga si hubo arbitrariedad o falta de proporcionalidad y, por otra, si la restricción atentó contra la libre expresión de la opinión pública (*Zdanoka c. Lituania*, citada, § 115).

c) El TEDH ha distinguido, en orden a delimitar el control a efectuar sobre las medidas restrictivas que los Estados puedan imponer, entre el derecho de voto, en el aspecto «activo», y el derecho a presentarse a las elecciones, que constituye su aspecto «pasivo». En relación al aspecto «activo», el control a efectuar por el TEDH implica una valoración más amplia de la proporcionalidad de las disposiciones legales que privan a una persona o a un grupo de personas del derecho de voto; respecto al aspecto «pasivo», que garantiza el derecho de todo individuo a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ejercer su mandato [STEDH de 11 de junio de 2002 (asunto *Selim Sadak y otros c. Turquía*, § 50)], el control “se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procesos internos que conducen a privar a un individuo de la elegibilidad [SSTEDH de 19 de octubre de 2004 (asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, § 57) y *Zdanoka c. Lituania*, citada, § 115)]”. [SSTEDH de 30 de junio de 2009 (asunto *Etexeberría y otros c. España*, § 50) y de 7 de diciembre de 2010 (asunto *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca c. España*, § 51)].

d) El TEDH ha abordado por primera vez la cuestión relativa a la vulneración del art. 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH como consecuencia de la adopción en una causa penal de la medida cautelar de prisión provisional y su mantenimiento respecto de un parlamentario durante el ejercicio de su mandato en la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*). Decisión que aún no es definitiva en cuanto ha sido admitida la solicitud de su remisión a la Gran Sala, planteada por el recurrente y el Gobierno de Turquía (Resolución de 18 de marzo de 2019).

No obstante su carácter no definitivo, el TEDH formula en esta Sentencia, abstracción hecha de las concretas circunstancias concurrentes en el caso que resultan finalmente determinantes de la decisión adoptada y sometida a revisión, unos principios generales sobre la injerencia en el art. 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio de una medida cautelar como la prisión provisional de un diputado o candidato a unas elecciones parlamentarias, estimando aplicables en la adopción de dicha medida consideraciones efectuadas en anteriores pronunciamientos en materia de privación de libertad.

Así, el TEDH observa que el CEDH no prohíbe *per se* la aplicación de la medida de prisión provisional y su mantenimiento a un diputado o a un candidato a elecciones parlamentarias, por lo que su adopción no constituye automáticamente una violación del art. 3 del Protocolo nº 1 al Convenio, aun cuando la prisión provisional se considere contraria al art. 5 § 3 CEDH. En caso de que la medida en cuestión constituya una injerencia en el ejercicio de los derechos del demandante del art. 3 del Protocolo núm. 1, tal injerencia no constituirá una violación del citado art. 3 cuando satisfaga los requisitos del principio de legalidad, persiga una finalidad legítima, como puede ser el objetivo de garantizar el correcto desarrollo de las actuaciones penales entabladas contra el diputado o candidato detenido, y respete las exigencias del principio de proporcionalidad (§§ 231, 233 y 237).

Para determinar si en estos supuestos la privación de libertad es una medida proporcionada a los efectos del art. 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio, el TEDH estima necesario tomar en consideración, entre otros, los siguientes aspectos: (i) la existencia de un recurso, que debe constituir una garantía contra la arbitrariedad, mediante el que el demandante pueda impugnar de forma efectiva la privación de libertad y recibir una evaluación por parte de los Tribunales nacionales de su queja, en la que se ponderen los intereses de la persona interesada y de la sociedad, protegidos por el art. 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio, y los intereses del buen funcionamiento de la justicia al ordenar la prisión provisional y/o su mantenimiento; (ii) la duración de la privación de libertad y las consecuencias derivadas de esta situación; (iii) y la consideración de medidas alternativas y menos gravosas a la prisión provisional que permitan salvaguardar el interés personal o público que puedan requerir la detención o privación de libertad del diputado (§§ 231 y 239).

16. Incidencia de la doctrina jurisprudencial en el caso concreto.

A) De conformidad con la jurisprudencia constitucional expuesta y la doctrina del TEDH que se acaba de reseñar, las decisiones judiciales que acuerden la imposición o el mantenimiento de una privación cautelar de libertad a un parlamentario o a un candidato en unas elecciones legislativas han de estar suficiente y razonablemente motivadas, en el sentido de que han de ponderar la injerencia de la medida adoptada en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

A este Tribunal, desde la perspectiva que le es propia, le corresponde, en principio, constatar en su función fiscalizadora si aquellas resoluciones judiciales satisfacen o no, en los términos y parámetros indicados, la exigencia constitucional de motivación en la adopción de la medida limitativa o restrictiva del derecho fundamental y si, atendiendo a las circunstancias del caso, dicha motivación resulta respetuosa con su contenido esencial.

En este caso es preciso anticipar que las resoluciones judiciales impugnadas han ponderado la incidencia de la prisión provisional del demandante en el ejercicio del derecho fundamental al cargo público representativo (art. 23.2 CE), como pone de manifiesto la lectura de sus fundamentos jurídicos sobre la apreciación del riesgo de reiteración delictiva en tanto que fin constitucionalmente legítimo en el que fundan el mantenimiento de la medida cautelar.

B) El examen de la vulneración del art. 23 CE que el demandante de amparo imputa a las resoluciones impugnadas ha de partir de la consideración, según se ha expuesto ya en esta resolución, de que no ha existido una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17 CE) derivada de la insuficiencia de las razones dadas por los órganos judiciales para mantener la privación de libertad del recurrente.

En efecto, las resoluciones judiciales impugnadas explicitan cuál es el presupuesto por el que se mantiene la prisión provisional en su día adoptada, a saber, los indicios racionales de la intervención del demandante de amparo en unos hechos presuntamente constitutivos de delitos graves. Por otro lado, fundan la adopción de la medida cautelar en la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la de precaver el riesgo de reiteración delictiva.



En concreto y como hemos señalado con anterioridad, en los apartados 2 a 6 del FJ 4 del auto del instructor, a los que nos remitimos, se explicitan las razones por las que, tras detectar la concurrencia del riesgo de reiteración delictiva respecto de todos investigados, no obstante se razona que si bien en algunos ellos tal temor puede ser paliado con medidas menos gravosas, en relación con el recurrente y otras personas, la materialización del riesgo de reiteración daría lugar a perjuicios singularmente graves. Por ello, los órganos judiciales han estimado que la medida de prisión provisional resultaba ser la única adecuada para paliar los efectos que podrían derivarse del riesgo indicado.

#### 17. La prisión provisional y la condición de diputado del Parlamento de Cataluña.

Para el enjuiciamiento de la queja del demandante de amparo que ahora nos ocupa resulta relevante la determinación del momento en el que se acordó su prisión provisional y en el que adquirió la condición de diputado del Parlamento de Cataluña, así como los avatares acaecidos en ese lapso de tiempo.

El recurrente en amparo fue elegido diputado en las elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el 27 de septiembre de 2015 como integrante de la candidatura presentada en la circunscripción de Barcelona por la coalición electoral Junts pel Sí, (DOGC núm. 6947, de 1 de septiembre de 2015). Asimismo, en esa XI Legislatura fue nombrado Vicepresidente del Gobierno de la Generalitat (DOGC núm. 7037, de 14 de enero de 2016). En ambos cargos cesó con fecha 27 de octubre de 2017, como consecuencia de las medidas propuestas por el Consejo de Ministros en aplicación del art. 155 CE, autorizadas por el Senado, al no tener por atendido el requerimiento planteado al Presidente de la Generalitat de Cataluña para que confirmase “si alguna autoridad de la Generalitat de Cataluña ha declarado la independencia de Cataluña y/o si su declaración de 10 de octubre de 2017 ante el Pleno del Parlamento implica la declaración de independencia al margen de que esta se encuentre o no en vigor” [Apartado C del Anexo de la Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M.H. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general. Se propone al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el

cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general (BOE núm. 260, de 27 de octubre de 2017)].

Así, en lo que a este recurso de amparo interesa, por Real Decreto 943/2017, de 27 de octubre, se dispuso el cese del Vicepresidente y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña (BOE núm. 261, de 28 de octubre de 2017). Y por Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, se disolvió el Parlamento de Cataluña y se convocaron elecciones para el día 21 de diciembre de 2017.

La aplicación del art. 155 de la CE fue considerada conforme a la Constitución en las SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio, que rechazan sustancialmente las impugnaciones efectuadas por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Unidos Podemos y el Parlamento de Cataluña, en los extremos que atañen al presente recurso de amparo.

En fecha de 2 de noviembre de 2017, el demandante de amparo fue citado a declarar ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional en las diligencias previas núm. 82/2017, incoadas por supuestos delitos de rebelión, sedición y malversación, como participe de la estrategia urdida por “todo el movimiento secesionista, perfectamente organizada y con reparto de papeles entre las autoridades gubernamentales, parlamentarias y asociaciones independentistas (ANC y Òmnium) que llevaría a la celebración del referéndum ilegal el día 1 de octubre de 2017 y a la declaración de independencia aprobada por el Parlamento el pasado día 27 de octubre” (auto de 2 de noviembre de 2017, Razonamiento Jurídico 3). Celebrada la comparecencia, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 acordó en el citado auto la prisión provisional, comunicada y sin fianza, entre otros, del demandante de amparo.

Reclamadas las actuaciones por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907/2017, el Magistrado Instructor, por auto de 4 de diciembre de 2017, acordó mantener la prisión provisional, comunicada y sin fianza del recurrente en amparo. Esta decisión fue confirmada en apelación por auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de enero de 2018. Ambos autos son objeto de impugnación en este recurso de amparo.

El demandante de amparo, encontrándose en situación de prisión provisional, encabezó la candidatura del partido político Esquerra Republicana-Catalunya SÍ (ERC-CatSi) por la circunscripción de Barcelona en las elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el 21 de diciembre de 2017. Candidatura que fue proclamada por Acuerdo de la Junta Electoral de Barcelona de 24 de noviembre de 2017 (BOE núm. 287, de 25 de noviembre de 2017).

Celebrada la votación, fue proclamado diputado electo en la circunscripción de Barcelona por la Junta Electoral Provincial de Barcelona en sesión de 27 de diciembre de 2017 (BOPC núm. 1, de 19 de enero de 2018). Los resultados electorales y la relación de diputados electos fueron publicadas por Acuerdo de la Junta Electoral Central de 11 de enero de 2018 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2018; DOGC núm. 7534, de 12 de enero de 2018).

Los diputados proclamados electos se reunieron el 17 de enero de 2018 en la sesión constitutiva del Parlamento de Cataluña de la XII Legislatura (BOPC, núm. 1, de 19 de enero de 2018). El demandante de amparo, con efectos de 20 de mayo de 2019, renunció a la condición de diputado del Parlamento de Cataluña (BOPC núm. 340 de 22 de mayo).

Con posterioridad a la apertura del juicio oral en el Tribunal Supremo, se presentó como candidato a las elecciones generales al Congreso de los Diputados el 28 de abril de 2019 y fue elegido diputado adquiriendo la condición de miembro del Congreso de los Diputados en su sesión constitutiva (21 de mayo de 2019) a la que fue autorizado a asistir por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en auto de 14 de mayo de 2019. Por Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 24 de mayo de 2019, fue suspendido en el ejercicio del cargo.

También se presentó a las elecciones al Parlamento Europeo el 26 de mayo de 2019, siendo proclamado por Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019, que por Acuerdo de 20 de junio de 2019 declaró vacante el escaño.

18. La posibilidad de recurrir la prisión provisional y la valoración de los intereses concernidos.

A) Como ya ha quedado constatado, el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente en amparo acordado en las resoluciones judiciales impugnadas cumple las exigencias del principio de legalidad y responde a un fin constitucionalmente legítimo. Hemos de examinar a continuación, por lo tanto, si aquella medida cautelar satisface también el requisito de

proporcionalidad desde la perspectiva del derecho fundamental al acceso y al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE).

Uno de los factores a tomar en consideración, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que hemos reseñado, al objeto de determinar si la prisión provisional de un parlamentario o de un candidato en unas elecciones legislativas es una medida proporcionada desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo es la previsión de un recurso mediante el que se pueda impugnar de forma efectiva aquella prisión, de modo que los tribunales puedan valorar los intereses de la persona afectada y de la sociedad protegidos por el citado derecho, así como los del buen funcionamiento de la justicia para ordenar y/o mantener la privación cautelar de libertad.

En este caso, el recurrente en amparo, que tuvo a su disposición las actuaciones del procedimiento sin que haya denunciado ningún déficit de contradicción en este extremo, solicitó la modificación de la medida cautelar de prisión acordada por auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2017, cuyo mantenimiento dispuso el Magistrado Instructor por auto de 4 de diciembre de 2017. El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra este último auto, que fue desestimado por auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de enero de 2018. Así pues, el demandante de amparo en el plazo de poco más de dos meses pudo impugnar e instar la modificación, como efectivamente hizo, de la prisión provisional contra él adoptada.

B) Sin embargo, un juicio de proporcionalidad de esta medida no se satisface con la mera posibilidad de poder recurrir la privación cautelar de libertad, sino que es necesario, además, que esa impugnación haya sido efectiva, en el sentido de que los órganos judiciales valoren los intereses concernidos por la decisión de ordenar y/o mantener la prisión provisional.

Situados en este plano, el extenso y amplio contenido de las resoluciones judiciales recurridas, del que se ha dejado constancia en los antecedentes y a lo largo de la fundamentación jurídica de esta resolución, es suficiente por sí mismo para constatar que el demandante de amparo ha podido impugnar de manera efectiva la medida 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, entre ellos, el derecho de aquél al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE). La afectación de este derecho por su situación de prisión provisional, se justifica en las resoluciones impugnadas porque los graves hechos que se le imputaban estaban directamente vinculados con el ejercicio de acciones cometidas en su condición de líder de una formación política y de titular de cargos públicos de la Comunidad Autónoma, en particular, el de Vicepresidente del Gobierno de la Generalitat y desde las que ha llevado a cabo aquella actuación, sin que, a juicio de los órganos judiciales, pueda estimarse de modo suficientemente acreditado, a diferencia del otro grupo de personas investigadas, su voluntad de abandonar el método y las vías ya empleadas con el objetivo de proclamar la independencia de la Comunidad Autónoma.

De otra parte, al ponderar la incidencia de la prisión provisional en el ejercicio del derecho del recurrente al acceso al cargo público, la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que había concurrido como candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña y que había resultado elegido. Afirmada su condición de electo, el Magistrado Instructor no descartó en aquel momento que se llegasen a adoptar las decisiones pertinentes, en función de las concretas circunstancias que pudieran presentarse en momentos puntuales, para garantizar la proporcionalidad de la injerencia de la medida cautelar de prisión en el ejercicio del cargo al que había accedido (auto de 5 de enero de 2018, Razonamiento Jurídico Quinto). De modo que no se excluía que concurriendo esos requisitos se pudieran tomar en determinados momentos medidas que pudieran llegar a remover o paliar los obstáculos que por su situación de prisión impidieron y dificultaban al recurrente el ejercicio de las funciones de diputado.

Desde la perspectiva de control que a este Tribunal corresponde ha de concluirse que el demandante de amparo contó con la posibilidad, de la que efectivamente hizo uso, de impugnar a través de los recursos o los remedios procesales legalmente previstos la medida cautelar de prisión provisional y que en respuesta a sus pretensiones los órganos judiciales han valorado los derechos e intereses del demandante y de la sociedad protegidos por el derecho de participación política, así como los del buen funcionamiento de la justicia en unos términos que no pueden merecer, desde la óptica ahora considerada, reproche constitucional alguno.

19. La delimitación temporal de la medida cautelar de prisión provisional.

A) La duración de la prisión provisional es otro factor a considerar a los efectos de ponderar la injerencia de la medida cautelar en el derecho al acceso y al ejercicio del cargo público.

El TEDH ha insistido con carácter general en que la privación cautelar de libertad constituye una medida provisional y que su duración debe ser lo más breve posible, apreciación que entiende aplicable a la prisión provisional de un diputado [SSTEDH, de 17 de enero de 2012 (asunto *Staney c. Bulgaria*, § 143); de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*, § 239)].

Sin embargo, en esta última resolución, pendiente de la decisión por la Gran Sala, el recurrente era diputado y las autoridades judiciales no tuvieron en cuenta la aplicación de medidas alternativas a la prisión, a pesar de su previsión en su legislación nacional y no proporcionaron un razonamiento suficiente.

Por su parte, este Tribunal también ha reconocido la indudable incidencia que el tiempo transcurrido en prisión provisional produce en el ejercicio de un cargo público representativo (AATC 12 y 13/20019, de 26 de febrero, FF J 3 y 4, respectivamente).

En el caso ahora enjuiciado, en el momento inicial de adoptarse esta medida cautelar -2 de noviembre de 2017-, el demandante no era titular de ningún cargo público, al haber sido cesado con fecha 27 de octubre de 2017 en los que hasta entonces ostentaba, ni aun era candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña convocadas para el día 21 de diciembre de 2017.

Sin embargo, cuando se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso de amparo, que ratificaron la prisión provisional del demandante, éste o bien era candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña -auto del Magistrado Instructor de 4 de diciembre de 2017-, o bien diputado electo -auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018-. Como señala el Tribunal Supremo fue elegido diputado del Parlamento de Cataluña y continuó ejerciendo las funciones propias del mismo a través de la delegación de su voto.

El periodo de tiempo transcurrido entre el momento en el que inicialmente se decide la prisión provisional del demandante de amparo -2 de noviembre de 2017- y se dicta la última

resolución ahora impugnada en la que se acuerda su mantenimiento -5 de enero de 2018- es de dos meses y tres días.

Este tiempo en que el demandante permaneció en prisión provisional con fundamento en las resoluciones impugnadas en amparo no puede considerarse desproporcionado por su injerencia en el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), si se tiene en cuenta que ambas resoluciones se dictaron en los momentos iniciales de la causa, la entidad de los hechos delictivos que se le imputaban, así como los motivos y fines, ya expuestos a lo largo de esta sentencia, en los que los órganos judiciales han fundado la decisión de mantenerle en prisión provisional. A estas consideraciones cabe añadir las concretas repercusiones que dichas resoluciones han podido tener en el desempeño del cargo público al que ha accedido el recurrente, a las que nos referiremos en el siguiente fundamento jurídico.

B) No puede dejar de señalarse, al examinar el factor temporal de la medida cautelar, que la prisión provisional del recurrente ha sido revisada por resoluciones judiciales posteriores a las aquí impugnadas.

El magistrado instructor ha dictado los Autos de 12 de enero, 21 de marzo, 9 de mayo confirmatorio del anterior en reforma y 9 de julio de 2018. La Sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó los Autos confirmatorios de 14 de marzo, 26 de junio y 30 de julio de 2018.

Y, en fin, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la que le correspondió el enjuiciamiento de la causa, por autos de 25 de enero, 11 de abril y 14 de mayo de 2019 ha resuelto las peticiones, entre otros encausados, del demandante de amparo, solicitando su libertad provisional o la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva por otro tipo de medidas menos gravosas.

A la vista de las consideraciones expuestas, ha de concluirse que la duración de la medida cautelar de prisión provisional que resulta de las resoluciones judiciales impugnadas - dos meses y tres días-, no puede considerarse desproporcionada en este caso, en razón de las concretas circunstancias, ya referidas, que en el mismo concurren.

20. La incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental al ejercicio del cargo público.

A) El juicio de proporcionalidad de la injerencia que una medida de prisión provisional puede implicar en el derecho de acceso a un cargo público representativo (art. 23.2 CE) requiere también considerar sus concretas repercusiones en el ejercicio de este derecho.

El recurrente en amparo en algunos pasajes de la demanda parece pretender presentar la situación de prisión provisional como absolutamente incompatible con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), debiendo prevalecer en todo caso, en su opinión, el interés constitucional encarnado en este derecho fundamental. Mas tal planteamiento debe ser desestimado sin necesidad de un detenido esfuerzo argumental, pues el derecho al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE) no es un derecho incondicionado o absoluto. Así, este Tribunal tuvo ya ocasión de declarar que el derecho a acceder a los cargos públicos representativos “no es, ante todo, y al igual que ocurre con el resto de los derechos, incondicionado o absoluto, no es ilimitado, en la más usual de sus formulaciones; es, por el contrario [...] un derecho delimitado en su contenido, delimitado tanto por su naturaleza como por su función” (STC 71/1994, FJ 6).

En el mismo sentido, el TEDH ha reconocido que los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH no son absolutos [STEDH de 30 de junio de 2009 (asunto *Etxebarria y otros c. España*, § 40)], sino que pueden estar sometidos a “limitaciones implícitas”, disponiendo los Estados de un amplio margen de apreciación al respecto [STEDH de 2 de marzo de 1987, (asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* § 52)]. Descendiendo al concreto supuesto que nos ocupa, el TEDH tiene manifestado que el CEDH no prohíbe la aplicación de la medida de privación cautelar de libertad a un diputado o candidato en unas elecciones legislativas ni su mantenimiento en prisión provisional, así como que estas decisiones no implican automáticamente una violación del art. 3 del Protocolo núm.1 del CEDH, ni siquiera en el caso de que la privación de libertad fuera considerada contraria al art. 5.3 CEDH [STEDH de 28 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía* § 231)].

B) Las limitaciones que el recurrente denuncia padecer en el derecho al acceso y al ejercicio del cargo público representativo derivan, indefectiblemente, de su situación de privación de libertad, ya que, como hemos reconocido en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, “parte de las facultades de representación política anejas al cargo singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal” quedan afectadas y, en



alguno caso limitadas decisivamente, por la situación de prisión provisional (FJ 5). De lo que se trata ahora de determinar es si esas limitaciones que denuncia el recurrente respetan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad desde la perspectiva de aquel derecho fundamental.

El demandante considera que las resoluciones judiciales impugnadas lesionan por desproporcionadas el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE en dos de las tres dimensiones que una reiterada jurisprudencia constitucional ha identificado como contenido del mismo: la del derecho de acceso a los cargos públicos de naturaleza representativa y la del derecho a desempeñar el cargo al que se ha accedido sin constricciones o perturbaciones ilegítimas [por todas, STC 139/2017, FJ 4 a)].

Por lo que se refiere a la dimensión del derecho al acceso al cargo público, es cierto, como ya se ha señalado, que cuando se acordó la prisión provisional del recurrente en amparo éste no ostentaba cargo público alguno, ni aún era candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña. No es menos cierto, sin embargo, que había sido miembro de esa Cámara en anteriores legislaturas, en concreto en la XI Legislatura que fue disuelta por Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, por el que se convocaron elecciones al Parlamento de Cataluña, y que era el máximo responsable de una formación política con un importante respaldo electoral. De modo que en el momento en el que se decidió inicialmente la prisión provisional del demandante era previsible que, al no estar privado del derecho de sufragio pasivo, se presentase como candidato, como efectivamente así lo hizo, a las elecciones convocadas.

En todo caso, cuando el Magistrado Instructor dictó el auto de 4 de diciembre de 2017, en el que acordó mantener su prisión provisional, ya había sido proclamado candidato en las elecciones autonómicas a celebrar el día 21 de diciembre de 2017.

La injerencia en las actividades derivadas de la campaña electoral, está justificada por los motivos y fines en los que los órganos judiciales han fundado la medida cautelar de prisión provisional, a los que ya hemos hecho reiterada referencia y no puede considerarse en este caso, en atención a los concretas circunstancias que en él concurren, lesiva del derecho fundamental al ejercicio del cargo público.

C) En lo que atañe a la dimensión del derecho fundamental del art. 23.2 CE al ejercicio del cargo público representativo al que se ha accedido sin constricciones o perturbaciones ilegítimas, en la demanda se sostiene que las decisiones judiciales impugnadas han impedido al recurrente, pese a haber adquirido la condición plena de diputado, desempeñar sus funciones como parlamentario.

El auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, recurrido en este amparo, había dejado abierta la posibilidad de que el Magistrado Instructor pudiera adoptar las decisiones que resultasen pertinentes en momentos puntuales y en función de las circunstancias concurrentes para preservar la proporcionalidad de la medida cautelar de prisión en relación con el ejercicio del derecho al cargo representativo del recurrente (Razonamiento Jurídico 5). Así pues, la Sala había contemplado la eventualidad de que se pudieran adoptar medidas o decisiones que hicieran menos gravosa la injerencia de la prisión provisional en el ejercicio de su derecho al cargo representativo, entre las que no cabría excluir, en principio, atendiendo a las circunstancias de cada momento, la autorización al recurrente para poder asistir a determinadas sesiones de la Cámara o la adopción de medidas que le permitiesen participar en algunas de sus actividades.

Modulada la medida cautelar de prisión provisional por el auto de la Sala de Recursos de lo Penal del Tribunal Supremo en los términos expuestos, no cabe calificar de desproporcionada, desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, su injerencia en el ejercicio del derecho del recurrente al cargo público representativo, considerando el momento en el que se ha dictado aquella resolución -aun el demandante no había adquirido la condición plena de diputado ni se había constituido la Cámara- y las circunstancias concurrentes en este caso, relativas a la entidad de los hechos investigados y a la participación en los mismos del recurrente, así como a los motivos y fines en los que los órganos judiciales basaron la medida cautelar adoptada.

Con base en las consideraciones expuestas, tampoco puede estimarse que las resoluciones judiciales impugnadas no hayan satisfecho las exigencias ponderativas propias del art. 23.2 CE en cuanto a la repercusión de la medida cautelar de prisión provisional del recurrente en el ejercicio de su función parlamentaria, ni que esta injerencia, atendiendo a las circunstancias concurrentes en este caso, pueda tildarse de desproporcionada.

## 21. Medidas alternativas a la prisión provisional.

El último factor a analizar, al objeto de verificar si la prisión provisional del demandante de amparo satisface la exigencia de proporcionalidad desde la perspectiva del derecho fundamental al acceso al cargo público representativo (art. 23.2 CE), estriba ahora en constatar si los órganos judiciales han valorado la adopción de medidas alternativas que pudieran suponer una menor injerencia en aquel derecho.

En efecto, el TEDH ha declarado, en la ya reiteradamente citada Sentencia de 28 de noviembre de 2018, que la privación de libertad es una medida tan grave que sólo se justifica cuando se han considerado otras medidas menos graves para proteger el interés personal o público que exige la privación cautelar de libertad (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía* §§ 231 y 239).

Las resoluciones judiciales impugnadas en amparo han ponderado, por el contrario, como revela la lectura de su fundamentación jurídica, la aplicación al demandante de medidas menos incisivas que la prisión provisional, que han descartado con base en la argumentación en ellas recogida.

El Magistrado Instructor en el auto de 4 de diciembre de 2017, confirmado en apelación por el auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, consideró la posibilidad de aplicar a los investigados a los que se refiere su resolución medidas alternativas a la prisión provisional. Como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, aunque estima que en todos ellos concurre el riesgo de reincidir en la actividad delictiva, aprecia, sin embargo, un grado de lesividad distinto en la reiteración de unos y otros, motivo por el que modificó la medida cautelar de prisión provisional, comunicada y sin fianza por la de prisión eludible mediante fianza a aquellos investigados cuya participación en los hechos no supuso “una irreparable puesta en riesgo de los derechos esenciales que otros partícipes si contrariaron” y cuya actuación se ha limitado “a favorecer la proclamación de una falsa legislación paralela”. Descarta, sin embargo, que en relación con el demandante de amparo y otros investigados concurrieran las mismas circunstancias que permitieran modificar la medida cautelar de prisión provisional porque “sus aportaciones están directamente vinculadas a una explosión violenta que, de reiterarse, no deja margen de corrección o de satisfacción a quienes se vean alcanzados por ella”. Respecto de este grupo de investigados, en

el que sitúa al recurrente, entendió que se imponía “un mayor grado de rigor y cautela” al conjugar su derecho a la libertad y el derecho de la comunidad a desarrollar su actividad cotidiana en un contexto despojado de violencia. El Magistrado Instructor concluyó que a este grupo de investigados no se le podía rebajar la intensidad de la medida cautelar adoptada por haber asumido su participación como candidatos en las elecciones autonómicas, pues “[e]l riesgo de reiteración delictiva va expresamente unido a las responsabilidades políticas a las que aspiran” (Fundamento Jurídico Cuarto).

Así pues, en las resoluciones judiciales impugnadas se manifiestan concretos e individualizados razonamientos sobre la exclusión de la aplicación al demandante de amparo de medidas alternativas menos graves a la prisión provisional y sobre el mantenimiento de ésta. De otra parte, la argumentación en la que se sustenta la decisión judicial, básicamente en que el riesgo de reiteración delictiva en el que se fundó la medida cautelar de prisión provisional estaba directamente conectado a acciones estrechamente vinculadas a las responsabilidades públicas desde las que el demandante de amparo llevó a cabo la actividad delictiva investigada sin que resultase suficientemente acreditada su voluntad de abandonar la conducta desplegada, que satisfacía, en atención a las circunstancias concurrentes, la exigencia de proporcionalidad que la injerencia de la privación de libertad supuso en el ejercicio de su derecho al cargo representativo.

Con base en las precedentes consideraciones ha de ser desestimada la denunciada vulneración del derecho al acceder a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

## 20. Conclusión.

Los razonamientos expuestos conducen a la conclusión que la demanda de amparo debe ser inadmitida en cuanto a las quejas de los derechos fundamentales comprendidos en los arts. 16.1, 20.1, 24 (1 y 2) en cuanto al acceso a la jurisdicción y al derecho a la presunción de inocencia y a la vida familiar. Se considera prematura la impugnación del derecho al juez predeterminado por la ley. Se desestima la impugnación de los derechos a la libertad personal, la prisión provisional y de representación y participación política, así como el derecho de defensa y a la legalidad penal.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

### Ha decidido

1º Inadmitir las quejas, contenidas en el recurso de amparo núm. 814-2018 interpuesto por don Oriol Junqueras Vies, relativas a las vulneraciones de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (art. 20.1 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al recurso, en el caso, a la doble instancia penal (art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la vida familiar. Se considera prematura la impugnación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

2º Desestimar el recurso respecto de todos los demás derechos supuestamente vulnerados: libertad personal (art. 17.1 CE), aplicación de la prisión provisional (art. 17.4 CE), participación y representación políticas y acceso a cargo público (art. 23.1 y 2 CE) y derechos a la defensa (art. 24 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

**Voto particular que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 814-2018.**

Con el máximo respeto a nuestros compañeros de Pleno, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia, que consideramos que debería haber sido estimatorio por vulneración del derecho a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), al no haberse realizado la ponderación requerida por la afectación de este derecho.

Al analizarse la invocación del derecho de representación política del recurrente y su posible afectación por la decisión de mantenimiento de la situación de prisión provisional de quien era candidato proclamado a unas elecciones autonómicas –momento en que se dictó el auto del magistrado instructor– y después diputado autonómico electo –momento en que se dictó el auto de la Sala de Recursos–, se ponen de manifiesto tres extremos: (i) la decisión de mantener la prisión provisional de un representante político autonómico en estas singulares circunstancias no solo concierne al derecho a la libertad del recurrente (art. 17 CE), sino también, singularmente, a su derecho a la representación política (art. 23 CE); (ii) la afectación a este derecho como consecuencia de la adopción de una medida cautelar de prisión provisional en el marco de un proceso penal nunca antes ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional y tan solo una vez por la jurisprudencia del TEDH mediante una decisión –la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*)–, que aún no es definitiva por haber sido admitida la solicitud de su reenvío a la Gran Sala; y (iii) la consideración constitucional de un asunto como el presente debe realizarse desde las premisas y con las técnicas del juicio de proporcionalidad.

En unas circunstancias de especial complejidad y novedad como las planteadas en este caso, resulta necesario profundizar en determinados aspectos de relevancia constitucional que han de ser tomados en consideración para la resolución de este tipo de supuestos.

*I. Los aspectos constitucionales relevantes para resolver los supuestos de prisión provisional de miembros de las cámaras legislativas autonómicas desde la perspectiva del art. 23 CE.*

1. *La necesidad de profundizar en los aspectos constitucionales para la resolución del caso:* La resolución de supuestos como el que se plantea en el presente recurso no puede ser abordada en su integridad solo con la actual jurisprudencia constitucional sobre las limitaciones al ejercicio de las funciones parlamentarias de los miembros de las cámaras legislativas que, en su mayor parte, ha sido establecida para resolver los conflictos generados con las decisiones adoptadas por los órganos de las cámaras parlamentarias respecto de sus miembros.

Además de la dimensión subjetiva que se plantea por la afectación del *ius in officium* del entonces diputado autonómico recurrente y de la dimensión institucional derivada de la ausencia del recurrente de la cámara autonómica –sobre lo que se volverá más adelante–, la decisión judicial analizada en este recurso tiene una dimensión estructural que está enmarcada, de manera esencial, en una cuestión clásica del constitucionalismo como es la división de poderes y el sistema de equilibrios entre dichos poderes. La asunción de esta dimensión estructural como elemento subyacente ayuda a comprender en toda su complejidad la dificultad del análisis constitucional de decisiones como las controvertidas en este recurso de amparo. A estos efectos, parece adecuado comenzar por recordar los mecanismos instaurados por el poder constituyente para afrontar el sistema de equilibrios entre el poder legislativo y el poder judicial.

2. *El sistema de inmunidades parlamentarias y su aplicación a los parlamentarios autonómicos:* La inmunidad parlamentaria, en muy diversas modalidades e intensidades, es una institución establecida con rango constitucional en la mayoría de los sistemas de democracia parlamentaria con el fin de garantizar el normal funcionamiento e independencia de las cámaras legislativas frente a eventuales interferencias que pudieran provenir del resto de poderes del Estado. Una de las garantías más extendidas de esta inmunidad, que es la que interesa en el presente recurso de amparo, es la inmunidad procesal en materia penal, conforme a la cual los miembros de las cámaras legislativas quedan protegidos contra cualquier forma de privación de libertad o sometimiento a proceso penal por parte de los órganos judiciales sin el consentimiento previo de la propia cámara.

El sistema español tiene la singularidad de que, en los tres diferentes niveles de ejercicio del poder legislativo –europeo, nacional y autonómico–, solo en los dos primeros se establece la inmunidad procesal de los representantes políticos contra decisiones cautelares privativas de libertad del orden jurisdiccional penal sin una autorización previa de la cámara respectiva. Por el contrario, los parlamentarios autonómicos y, por lo que interesa en este recurso, los diputados del

Parlamento de Cataluña, no gozan de la protección dispensada por el suplicatorio contra actuaciones judiciales del orden penal y esta queda limitada al aforamiento.

Así, el art. 71.2 CE establece que durante el período de su mandato los diputados y senadores gozarán de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y que no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la cámara respectiva. La jurisprudencia constitucional ha destacado la dimensión institucional de la inmunidad parlamentaria al incidir en la idea de que: (i) no puede concebirse como un privilegio personal que se establece en beneficio de los diputados o senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de los jueces y tribunales, sino que tiene una finalidad de protección del conjunto de funciones parlamentarias vinculada a la proclamación de la inviolabilidad de las Cortes Generales (art. 66.3 CE); (ii) la amenaza frente a la que protege la inmunidad solo puede ser de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las cámaras o de alterar la composición que les ha dado la voluntad popular; y (iii) la corrección constitucional de la decisión, que cabe que sea valorada por el Tribunal Constitucional, depende de que resulte conforme a la finalidad que persigue la institución de la inmunidad parlamentaria, de modo tal que este Tribunal debe constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las cámaras de modo suficiente y en términos razonables o argumentales (así, por ejemplo, SSTC 90/1985, de 22 de julio; 206/1992, de 27 de noviembre; o 123 y 124/2001, de 4 de junio).

Sin embargo, al regular las inmunidades procesales de sus parlamentarios, ninguno de los estatutos de autonomía han establecido la necesidad de una autorización previa de la cámara respectiva para la inculpación o procesamiento de los miembros de los poderes legislativos autonómicos, que queda limitada a los aforamientos, lo que posibilita, en todo momento, la adopción de medidas cautelares privativas de libertad contra los parlamentarios autonómicos por parte de los órganos judiciales penales a los que se reserva el conocimiento de los hechos delictivos que puedan cometer sin necesidad de la previa autorización de la cámara legislativa autonómica.

La inexistencia de esta prerrogativa en el ámbito del parlamentarismo autonómico muestra inequívocamente que hay que considerar el aforamiento de los diputados autonómicos como un elemento de protección suficiente por el alto rango del órgano judicial llamado a conocer de la instrucción y enjuiciamiento de los delitos por los que fueran perseguidos –con carácter general



la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo—. Esta institución garantiza que no se va a interferir de manera arbitraria en el correcto funcionamiento del poder legislativo autonómico mediante la persecución penal de sus miembros. No obstante, también ha de tenerse en cuenta que, en ausencia del suplicatorio, el órgano judicial penal carece de la posibilidad de contar con los elementos argumentativos que eventualmente pudiera aportar la cámara respectiva al decidir sobre el mismo.

Una vez contextualizada la decisión objeto de controversia en el marco del sistema de equilibrios entre poderes, todavía resulta necesario profundizar en otros aspectos concurrentes para establecer los criterios relevantes en el presente enjuiciamiento constitucional.

3. *Los aspectos vinculados a la dimensión subjetiva del derecho de representación política:* La actual jurisprudencia constitucional resulta determinante para establecer, desde el punto de vista del derecho subjetivo a la representación política de los diputados autonómicos y por lo que interesa a este recurso de amparo, lo siguiente:

(i) El derecho de representación política garantiza el derecho de acceder a los cargos de naturaleza representativa, de mantenerse en los mismos y de desempeñarlos de acuerdo con la ley sin perturbaciones ilegítimas de todas aquellas facultades que pudieran considerarse pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno [SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; y 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 b)].

(ii) El derecho de representación política no es un derecho absoluto, sino que el legislador puede imponer limitaciones y restricciones a su ejercicio orientadas a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, siempre que sean proporcionadas al cumplimiento de dicha finalidad. A estos efectos, cabe citar, a modo de ejemplo, la STC 71/1994, de 3 de marzo, en que se analizó la constitucionalidad del art. 384 *bis* LECrim, que establece la previsión legal de la suspensión de cargo público respecto de quien se haya decretado la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes cuando sea firme el auto de procesamiento y mientras dure la situación de prisión.

(iii) En coherencia con lo anterior, el aplicador del derecho, incluyendo el juez penal, podrá establecer, cuando así este previsto legalmente, la restricción de dicho derecho haciendo una concreta ponderación en cuanto supone la afectación a un derecho fundamental sustantivo. Así, por ejemplo, cabe citar la STC 151/1999, de 14 de septiembre, en aplicación de las previsiones del Código Penal sobre penas de suspensión e inhabilitación para cargo público y las SSTC 80/1987, de 27 de mayo, y 166/1993, de 20 de mayo.

Esta jurisprudencia constitucional previa no se ha pronunciado sobre la afectación al núcleo esencial del derecho de representación política derivada de la mera imposibilidad fáctica de que un representante político pueda acudir a la cámara por estar cumpliendo una medida cautelar de prisión provisional. A esos efectos, es necesario poner de manifiesto que ni el legislador ni las propias cámaras legislativas, dentro de la amplia libertad de configuración de los derechos de participación política que le confiere el art. 23 CE, han previsto expresamente la afectación del ejercicio del derecho de representación política por la circunstancia de que un representante político esté privado de libertad por cumplimiento de una prisión provisional; al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en supuestos de cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme que imposibilite su asistencia a las sesiones plenarias [art. 25.1.b) RPC] o en el caso ya expuesto del art. 384 *bis* LECrim. Solo el art. 21.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, al establecer las causas de suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, se refiere a la situación de prisión provisional, pero únicamente contempla la situación en que la cámara haya concedido el suplicatorio y se haya dictado un auto de procesamiento que sea firme.

De hecho, este Tribunal es consciente del carácter incidental de la restricción al derecho de representación política que implica la prisión provisional, tal como se evidencia en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, cuando al analizar la solicitud de suspensión cautelar de otro de los entonces procesados en el mismo proceso judicial y también sometido a prisión provisional, se reconoce que “parte de las facultades de representación política anejas al cargo –singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal– se han visto afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente, por resoluciones judiciales como la cuestionada, pues tal limitación se apoya precisamente en su situación de preso preventivo” (FJ 5). El Tribunal, sin embargo, no entró a analizar la adecuación a la ley de esta limitación al considerar que esta cuestión debía resolverse cuando se pronunciara sobre el fondo del asunto y no en el incidente cautelar en el que recayó la referida resolución.

Asimismo, cabe destacar que en la citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) se reconoce: (i) que hay espacio para que los Estados parte aprecien limitaciones implícitas a este derecho siempre que se impongan en pos de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados (§ 230); (ii) que el CEDH no prohíbe la aplicación de la privación cautelar de libertad y el mantenimiento en prisión provisional de un diputado o candidato en unas elecciones parlamentarias, con las restricciones que esto implica en el ejercicio de sus funciones de representación política, por lo que dichas medidas no suponen *per se* automáticamente una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1; y (iii) que, en todo caso, resulta esencial que se hayan ponderado los intereses del afectado y de la sociedad, desde la perspectiva del derecho de representación política, en relación con los intereses de la administración de justicia que legitimaron la prisión provisional (§ 231).

También es un aspecto destacable que este pronunciamiento del TEDH, al analizar el cumplimiento de la exigencia del principio de legalidad para adoptar una medida limitativa del derecho de representación política, no se centra en la existencia de una concreta previsión normativa que vincule esta medida con una decisión sobre la prisión provisional del parlamentario, sino, directamente, en la decisión misma de la prisión provisional (§ 237). Es más, al analizar el cumplimiento de la exigencia de la legitimidad del fin perseguido con la medida restrictiva del derecho a la representación política, se insiste en que vendría a coincidir con el fin legitimador de la prisión provisional. De ese modo, se afirma que, en defecto de observación específica de las partes sobre ese punto, el Tribunal procederá bajo el supuesto de que la interferencia en el derecho perseguía un objetivo legítimo, ya que se produjo como consecuencia de la privación cautelar de libertad del recurrente, cuyo objetivo era garantizar el correcto desarrollo del proceso penal en su contra (§ 237).

Por tanto, desde la estricta dimensión subjetiva del art. 23.2 CE, cabe establecer que en un supuesto como el controvertido en el presente recurso de amparo este derecho fundamental puede ser objeto de restricción como consecuencia de la adopción de una medida de prisión provisional. Ahora bien, para que esta limitación sea constitucionalmente legítima, el órgano judicial debe efectuar un juicio de proporcionalidad en que pondere de manera específica y autónoma la afectación que la prisión provisional va a tener sobre este derecho fundamental.

4. *Los aspectos vinculados a la dimensión institucional del derecho de representación política:* De acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

(i) El derecho al ejercicio de la función parlamentaria de los miembros de las cámaras legislativas reconocido en el art. 23.2 CE se configura como un derecho subjetivo de los representantes políticos, que es necesario poner en conexión con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), y como un elemento esencial y estructural de la democracia misma. Este derecho es un instrumento del principio democrático, sin el cual no resulta operativa la democracia parlamentaria.

Ese carácter estructural del derecho a la representación política fue destacado en la STC 71/1994, de 3 de marzo, al afirmar que “la doble función o ‘doble carácter’ de la mayoría de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5º), su carácter de derecho subjetivo y su carácter de elemento objetivo del orden democrático, acaso no sea nunca tan patente como en el caso del derecho que nos ocupa. En un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución ha conformado, el grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de las diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición por eso mismo necesariamente singular, con proyección sobre las condiciones de permanencia en la función o cargo público. Titulares de una función pública, su posición no se agota en la de meros titulares de un derecho fundamental. Como ciudadanos son ciertamente titulares o sujetos de derechos fundamentales, pero a la vez son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad. De todo lo cual resulta que, si bien la permanencia en la función o cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 C.E., se trata de un derecho de permanencia en un status cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado” (FJ 6).

La jurisprudencia del TEDH también ha destacado esa dimensión institucional y estructural del derecho de representación política y su vinculación con la democracia misma. Así, en la ya citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) se insiste en la doble idea de que (i) “la democracia constituye un elemento fundamental del ‘orden público europeo’, y que los derechos garantizados en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 CEDH son cruciales para establecer y mantener las bases de una democracia efectiva y significativa

gobernada por el estado de derecho”; y (ii) “las elecciones libres y la libertad de expresión, en particular la libertad de debate político, forman la base de cualquier sistema democrático (...). Por lo tanto, la Convención establece un estrecho nexo entre una democracia política efectiva y el funcionamiento efectivo del Parlamento. Por consiguiente, no cabe duda de que el funcionamiento efectivo del Parlamento es un valor de importancia clave para una sociedad democrática” (§ 227). Posteriormente, el TEDH vuelve a insistir en que “los derechos garantizados por el Artículo 3 del Protocolo No. 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” (§ 229).

(ii) El derecho de representación política en su dimensión institucional no se satisface con la mera posibilidad de ejercicio del voto en las cuestiones sometidas a deliberación, sino con la plena participación en el proceso deliberativo y decisorio. El ejercicio de este derecho, en el normal desenvolvimiento de la democracia parlamentaria, viene presidido, entre otras consideraciones, por la doble exigencia de que el cargo representativo sea ejercido personalmente y no por delegación y de que el ejercicio personal del cargo lo sea de modo presencial y concentrado en las cámaras legislativas a los efectos de hacer efectiva una democracia parlamentaria deliberativa.

El Pleno de este Tribunal en la STC 19/2019, de 12 de febrero, aborda ambos aspectos, al establecer que “el ejercicio personal del cargo público representativo es una exigencia que deriva del propio carácter de la representación que se ostenta, que corresponde únicamente al representante, no a terceros que puedan actuar por delegación de aquel”. Asimismo, el Tribunal declara que “como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos” [FJ 4.A)].

También el TEDH insiste en que es parte del núcleo esencial del derecho de representación política la función deliberativa del parlamentario, y no solo la decisoria, cuando en la citada STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*) establece que “la libertad de expresión es importante para todos, especialmente para un representante electo del pueblo. Representa a su electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses. En consecuencia, las interferencias con la libertad de expresión de un miembro de la oposición en el parlamento (...) requieren el escrutinio más

cercano por parte de la Corte” (§ 228). Igualmente, reincide en esa idea al recordar que “en una democracia, el Parlamento y órganos similares son foros esenciales para el debate político, del cual forma parte el desempeño de los deberes parlamentarios” y que “mientras cumplen su mandato, los miembros del parlamento representan a sus votantes, señalando sus preocupaciones y defendiendo sus intereses” (§ 239). En relación con ello, cuando procede a realizar el juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que había tenido la prisión provisional del demandante en su derecho de participación política, el TEDH establece como elementos relevantes para considerar que en aquel caso se había vulnerado este derecho que (i) “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” (§ 238) y que (ii), atendiendo a su condición de representante político y la especial función que cumplen estos en el funcionamiento de la democracia parlamentaria, “las autoridades judiciales no explicaron por qué la aplicación de una medida alternativa a la privación de libertad habría sido insuficiente en el caso particular del solicitante” (§ 239).

Por tanto, desde la dimensión institucional del art. 23.2 CE, cabe establecer como criterios constitucionalmente relevantes para el análisis de supuestos como el controvertido en el presente recurso de amparo (i) que el derecho de representación política adquiere una dimensión trascendente a un derecho fundamental subjetivo conformándose en un elemento institucional y estructural esencial para el funcionamiento de la democracia, sin el cual no puede concebirse una democracia parlamentaria representativa; y (ii) que el normal funcionamiento de una democracia parlamentaria representativa exige que el ejercicio del derecho de representación política sea de carácter personal y mediante la presencia del representante político en las cámaras y sus órganos internos posibilitando con ello la deliberación y la adopción de acuerdos. De ese modo, en el juicio de proporcionalidad que debe presidir la decisión judicial sobre la prisión provisional de un representante político, debe tomarse en consideración que, ante la circunstancia de que una cámara legislativa se vea privada en sus funciones deliberativas y decisorias de uno de sus miembros, 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 cautelares menos perturbadoras para la función parlamentaria.

*II. El juicio de proporcionalidad de la incidencia de la privación provisional de libertad del recurrente en las garantías individuales e institucionales protegidas por el derecho de representación política.*

*5. La cobertura legal de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido con la misma:* Las resoluciones judiciales impugnadas han prestado una especial y rigurosa atención al juicio de proporcionalidad en lo relativo a cómo podía afectar la decisión de mantener la situación de prisión provisional del recurrente sobre su derecho a la libertad, en lógica correspondencia con la naturaleza de la medida y con el hecho de que, con carácter inmediato, aquel es el derecho fundamental sustantivo más directamente afectado. Por el contrario, en lo referente a cómo el mantenimiento de la situación de prisión provisional podía afectar al ejercicio del derecho de representación política del recurrente, aunque ha existido una adecuada identificación de la cobertura legal de la medida y el fin que la legitimaba constitucionalmente, 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.

La decisión judicial controvertida en este recurso de amparo plantea la singularidad de que no tenía por objeto la aplicación de una concreta institución prevista por el legislador o la cámara legislativa con el objeto de suprimir, suspender, limitar o restringir derechos de representación política, sino la aplicación de una medida cautelar de naturaleza personal adoptada en el marco de una instrucción penal que, al privar de libertad a un representante político, incide también de manera esencial en el ejercicio de sus derechos de representación política. El legislador o la cámara legislativa autonómica hubieran podido establecer y regular de una manera explícita la incidencia que sobre ese derecho de representación política tiene la prisión provisional de uno de sus miembros. Sin embargo, no ha sido así. En un contexto como este son los órganos judiciales quienes deben ponderar si concurre el fin que constitucionalmente legitima la limitación del derecho de representación política que conlleva la prisión provisional.

Los delitos que se imputaban al recurrente (rebelión, sedición y malversación) y que dieron lugar a la adopción de la medida cautelar estaban en conexión con el ejercicio de sus funciones representativas y así fue puesto de relieve y valorado en las resoluciones judiciales impugnadas, especialmente en el auto resolutorio del recurso de apelación. A estos efectos, debe

señalarse cómo en dicha resolución, al analizar la concurrencia del riesgo de reiteración delictiva, se expone que (i) “no existe en la actualidad ningún dato que permita entender que la intención del recurrente sea prescindir de la posibilidad de ocupar el mismo o similar lugar político al que le permitió, por el poder político del que disponía, ejecutar los actos delictivos que se le imputan”; y que (ii) “el recurrente es la persona que, a pesar de su situación penal, se ha presentado, o ha sido designado por su partido, como candidato a la Presidencia de la Generalitat, lo que le situaría, en principio, en una posición preponderante respecto de las decisiones a tomar en relación a esta cuestión” (razonamiento jurídico séptimo). Desde esta perspectiva, la prisión provisional puede ser considerada una medida necesaria para evitar la materialización de un riesgo de reiteración delictiva que tomaba como presupuesto su condición de representante político. Por tanto, hay que reconocer que (i) ha existido una afectación al derecho de representación política del recurrente derivado de la medida judicial ahora enjuiciada, (ii) dicha medida contaba con cobertura legal; (iii) la medida perseguía un fin legítimo, también desde la perspectiva de la restricción que suponía del derecho de representación política; y (iv) la medida era necesaria y adecuada para la consecución del fin legítimo de evitar el riesgo de reiteración delictiva derivado del ejercicio del derecho de representación política.

6. *El juicio de proporcionalidad realizado en el auto de instancia en relación con el derecho de representación política:* A partir de las consideraciones expuestas puede concluirse que el análisis realizado en el auto de instancia en respuesta a la invocación del derecho de representación política en las circunstancias concurrentes en ese momento, frente a la prevalencia de la necesidad de enervar el riesgo de reiteración delictiva –y, por tanto, el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente–, no respondió a la ponderación constitucionalmente requerida por este derecho.

El auto del magistrado-instructor de 4 de diciembre de 2017 tenía por objeto pronunciarse sobre la solicitud de modificación de la medida cautelar de prisión que había sido adoptada por aquel Juzgado respecto de un total de diez investigados, incluyendo al ahora recurrente. En aquel momento, el recurrente ya había sido proclamado por acuerdo de la Junta Electoral de Barcelona de 24 de noviembre de 2017 (“BOE” núm. 287, de 25 de noviembre de 2017) como el candidato que encabezaba la candidatura del partido político Esquerra Republicana-Catalunya SÍ (ERC-CatSi) por la circunscripción de Barcelona para las elecciones al Parlamento de Cataluña que se celebrarían el 21 de diciembre de 2017.



La única referencia directa a la afectación del derecho a la representación política del recurrente dentro del razonamiento que se desarrolló para denegar la modificación de su situación de prisión provisional es la contenida en el razonamiento jurídico cuarto.6), donde se razona que (i) el derecho de representación política admite limitaciones legítimas y proporcionadas; (ii) la garantía de este derecho concretamente afectada es la participación en una campaña electoral; y (iii) el riesgo de reiteración delictiva va expresamente unido a las responsabilidades públicas a las que aspiran.

Estos razonamientos inciden, de modo correcto, en la posibilidad de afectación del derecho de representación política y en la identificación del conflicto entre el fin legitimador perseguido por la medida –riesgo de reiteración delictiva vinculado al ejercicio del derecho de representación política– y una concreta dimensión del derecho de representación política –participación en la campaña electoral–. Sin embargo, se omite cualquier consideración sobre un elemento necesario del juicio de proporcionalidad como es el nexo de adecuación y necesidad entre impedir participar en una campaña electoral y el riesgo de reiteración delictiva vinculado al ejercicio de un cargo público representativo. Esta vinculación no resulta muy evidente, en cuanto todavía no se había accedido al cargo y, por tanto, cabía demorar la valoración sobre el riesgo de reiteración, en su caso, hasta después de la celebración de las elecciones. Al razonar de este modo, tampoco se entran a valorar las razones por las que en este conflicto debe prevalecer la enervación del riesgo de reiteración delictiva y sacrificarse los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política. Por ello, hay que considerar que esta resolución no contiene la ponderación constitucionalmente requerida para justificar la afectación del derecho de representación política.

*7. El juicio de proporcionalidad realizado en el auto de apelación en relación con el derecho de representación política:* El análisis realizado en el auto de apelación tampoco responde a la ponderación constitucionalmente requerida por la afectación del invocado derecho de participación política.

El auto de la Sala de Recursos de 5 de enero de 2018, si bien tenía como objeto exclusivo resolver el recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo contra la anterior decisión, presenta la peculiaridad de que se adoptó cuando ya se habían celebrado las elecciones autonómicas y el recurrente había sido proclamado diputado electo por la circunscripción de Barcelona por la Junta Electoral Provincial de Barcelona en sesión de 27 de diciembre de 2017

[Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (“BOPC”) núm. 1, de 19 de enero de 2018], aunque cuando esta resolución se adoptó todavía no se había constituido el Parlamento de Cataluña, lo que tuvo lugar el 17 de enero de 2018.

En los razonamientos jurídicos segundo a cuarto del auto se resuelve la invocación del derecho de representación política, motivándose que (i) el derecho de representación política admite limitaciones legítimas y proporcionadas una de las cuales es la adopción de medidas cautelares privativas de libertad en un proceso penal, ya que este derecho no supone la impunidad ni las eventuales consecuencias derivadas de un proceso penal pueden eludirse con el acceso a un cargo representativo; (ii) el recurrente era conocedor de la incoación de un proceso penal contra él con carácter previo a presentar la candidatura; (iii) la medida cautelar ha limitado alguna de las manifestaciones del derecho de representación política, pero ha permitido al recurrente ser candidato, votar y salir elegido; y (iv) la proporcionalidad de la medida para el ejercicio del derecho de representación política podrá ser tenida en cuenta por el magistrado 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.

No hay nada que objetar respecto de los razonamientos relativos a la cobertura legal de la restricción del derecho de representación política y la concurrencia en el caso de un fin legitimador que la justificara. También es apreciable que se hayan valorado como concretos elementos de ponderación, para justificar la prevalencia de la necesidad de enervar el riesgo de reiteración delictiva frente al sacrificio correlativo de otros intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política, (i) el hecho de que se han mantenido subsistentes aquellas manifestaciones de este derecho que no quedaban directamente afectadas por el derecho a la libertad y (ii) el hecho de que se destacara la posibilidad de modular la afectación de aquellas manifestaciones de este derecho para las que fuera esencial la presencia personal del recurrente mediante concretas decisiones que podían adoptarse por el magistrado instructor.

A pesar de ello, estos razonamientos no satisfacen el deber de ponderación con la intensidad constitucionalmente exigible cuando concurren los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política que estaban siendo sacrificados en este caso. En primer lugar, la afirmación de que no se han visto afectadas las manifestaciones del derecho de representación política del recurrente de ser candidato, votar y salir elegido no son relevantes para este juicio de ponderación, ya que son manifestaciones que están constitucionalmente

garantizadas por el art. 23.2 CE, en tanto que no existe ninguna cobertura legal para su limitación derivada de la mera circunstancia de estar cumpliendo una medida cautelar de prisión provisional o sometido a un proceso penal. En segundo lugar, por lo que se refiere ya a la afectación de las concretas manifestaciones del derecho de representación política del recurrente vinculadas a la privación de libertad, la mera referencia a la posibilidad futura de que se adoptaran concretas y puntuales medidas para cada caso singular por parte del magistrado instructor tampoco permite apreciar, por su absoluta indefinición, que, desde la perspectiva del deber de valorar la inexistencia de alternativas menos gravosas para el derecho sacrificado, se haya satisfecho en este aspecto el juicio de ponderación. La señalada ausencia de precedentes en la jurisprudencia constitucional o en la del TEDH al momento de dictarse las resoluciones impugnadas es un elemento que puede explicar esa circunstancia; sin embargo, no puede ser un impedimento para que ahora deba quedar reconocida.

8. *Aspectos constitucionalmente relevantes del juicio de proporcionalidad que deberían haber sido valorados:* La función de este Tribunal en los procedimientos de amparo cuando se invoca un derecho sustantivo no se agota en un mero control externo del razonamiento de las resoluciones impugnadas, sino que, como máximo interprete en materia de garantías constitucionales [art. 123.1 CE, en relación con los arts. 53.2 y 161.1.b) CE, art. 5.1 LOPJ y art. 1 LOTC], tiene una plenitud de jurisdicción para establecer el parámetro de protección de ese derecho sustantivo. De este modo, parece adecuado incluir una última reflexión sobre los diversos criterios o elementos constitucionalmente relevantes que deberían haber estado presentes al realizar el necesario juicio de proporcionalidad y que se han ido desgranando en la primera parte de este voto particular. A esos efectos, y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar lo siguiente:

(i) La relevancia en abstracto de los intereses constitucionales en conflicto: No es fácil establecer dentro de los intereses constitucionales una ordenación axiológica. Priorizar en abstracto unos frente a otros es un complejo ejercicio habida cuenta de que los intereses constitucionales se desenvuelven dentro de un mismo sistema y, por tanto, coadyuvan e interactúan entre ellos de manera equilibrada. No obstante, no cabe renunciar en el juicio de proporcionalidad a valorar cuál es el peso específico de los intereses en conflicto como un elemento más del razonamiento. En el presente caso, como se ha venido señalando, concurrían, por un lado, el derecho de representación política del recurrente y, por otro, el interés público en enervar los riesgos derivados de una posible reiteración delictiva.

El derecho fundamental de representación política, como también se ha destacado, tiene una dimensión institucional al ser también instrumental del correcto funcionamiento del sistema de democracia parlamentaria. Su importancia estructural es de tal magnitud e intensidad que cuenta dentro del propio diseño constitucional y estatutario con específicas instituciones de protección frente a eventuales interferencias de otros poderes del Estado, como son las prerrogativas parlamentarias. Además, su eventual sacrificio supone una efectiva y actual incidencia en el ejercicio del derecho.

Por su parte, la finalidad de enervar los riesgos de reiteración delictiva es un interés constitucionalmente relevante en consideración a la protección de los bienes jurídicos que estarían en riesgo en caso de verificarse la reiteración del delito. Es un juicio de prognosis, por lo que su eventual sacrificio no supone un daño actual, sino meramente potencial, ya que la única consecuencia inmediata es que se mantendría la situación de riesgo para esos bienes jurídicos, pero no su lesión. Además, al estar asociado con una medida cautelar en el marco de una instrucción penal, la afirmación del riesgo de reiteración delictiva no se hace sobre la certeza de que se haya cometido un delito que pueda reiterarse, pues esta solo puede constatarse una vez que exista una sentencia condenatoria firme.

(ii) La intensidad de la afectación al interés constitucional sacrificado: En el presente caso, –si bien cuando se acordó en la instancia mantener la situación de prisión provisional del recurrente la afectación de su derecho de representación política quedaba limitada a su participación presencial en la campaña electoral– cuando se decide en la apelación confirmar el mantenimiento de la medida, el recurrente era un candidato electo y, por tanto, la afectación de su derecho de representación política era especialmente intensa en lo subjetivo y en lo institucional, pues se impedía al recurrente el ejercicio de funciones para las que es consustancial su presencia personal y se estaba privando al Parlamento de Cataluña de la participación en sus procesos deliberativos y decisorios de uno de sus miembros de especial relevancia política, habida cuenta de su condición de presidente de un partido político y candidato a la Presidencia de la Generalitat.

(iii) La posibilidad de protección del interés constitucional prevalente con alternativas menos lesivas para el interés constitucional sacrificado: El análisis de la decisión controvertida en el presente recurso de amparo, desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad por la afectación del art. 23.2 CE, no era solo si el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente

era necesario en interés de la protección de bienes jurídicos que podían ser objeto de lesión en caso de reiteración delictiva, sino también si existían alternativas más equilibradas. Esto es, si era posible adoptar una decisión que, aun no enervando totalmente el riesgo que se intentaba controlar con el mantenimiento de la prisión provisional, fuera menos lesiva para los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política del recurrente.

Las decisiones adoptadas por el juez instructor y por la Sala de Recursos maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva a través del sometimiento al recurrente a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad, sin más matices que una indefinida alusión a la posibilidad de que el magistrado instructor pudiera tener en cuenta la proporcionalidad a la hora de adoptar decisiones en momentos puntuales que no se concretan ni se someten a pauta alguna. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política del recurrente se veía anulado. En un contexto como este parecía indispensable un razonamiento acerca de que la posibilidad de que se hubieran adoptado algunas de las medidas de control previstas en la legislación procesal penal para los sometidos a procedimiento no tenía suficiente eficacia para mantener un control suficientemente intenso del riesgo de reiteración delictiva dentro de la menor afectación posible del derecho de representación política. Parecía, además, necesario valorar –para apreciar la necesidad de desincentivar cualquier hipótesis de reiteración de las conductas que estaban siendo objeto de la instrucción penal– el hecho de que la decisión debía tomarse en un contexto en que aquellas conductas habían provocado ya la excepcional aplicación del mecanismo del art. 155 CE, lo que había supuesto, entre otras cosas, el cese del recurrente en su cargo de vicepresidente de la Generalitat y la disolución del Parlamento de Cataluña del que el recurrente era diputado, cargos a los que se había vinculado parcialmente el riesgo de reiteración delictiva; y preguntarse si, en correlación con ello, la afectación del derecho de representación política del recurrente con estas medidas alternativas podría ser susceptible de un ámbito de constricción menos intenso. Se ofrecía, asimismo, como necesario, considerar con el suficiente detalle, tal como la jurisprudencia del TEDH exige, si era posible adoptar medidas alternativas que paliaran la restricción del ejercicio del derecho de representación política respetando el principio de proporcionalidad con respecto a la necesidad de salvaguardar los fines del proceso penal. Era, finalmente, procedente, en cualquier caso, la consideración de si la eventual insuficiencia de estas medidas alternativas para conseguir el fin constitucionalmente relevante de enervar los riesgos de reiteración delictiva podía ser objeto de alteración progresiva en orden a la adopción de medidas de mayor control en función de que su eventual insuficiencia fuera confirmada por la sucesión de acontecimientos.

Estas consideraciones nos llevan a entender que hubiera sido procedente, a nuestro juicio, estimar el amparo y anular las resoluciones impugnadas con la finalidad de que la Sala de Recursos del Tribunal Supremo, a su libre criterio, efectuara una nueva valoración ponderando los elementos que han quedado señalados en este voto particular, y cualesquiera otros que pudieran ser relevantes para completar el juicio de proporcionalidad, o bien defiriera esta valoración al magistrado instructor con indicación de pautas o parámetros, con el fin de que se adoptara una nueva resolución acerca de las medidas que en su caso procedía adoptar respecto del imputado. Somos conscientes, desde luego, de que la estimación del recurso de amparo no podría ir en este momento más allá de la mera declaración del derecho fundamental invocado en el recurso, puesto que, como es bien sabido, en la actualidad existe una sentencia firme de condena que pone fin a la situación de prisión provisional.

Hacemos abstracción de la trascendencia política y social del caso, pero no podemos sustraernos a su trascendencia jurídica, pues el derecho controvertido, como hemos expuesto, afecta a la estructura del sistema democrático. Dado, pues, el carácter novedoso del problema planteado y la esencial relevancia que tiene el derecho a la representación política en el sistema de democracia parlamentaria que constituye nuestro *habitat* constitucional, hemos considerado un deber que nuestra discrepancia quedara plasmada con todos los matices que aporta este voto particular. Son las consideraciones expuestas las que nos han llevado a tomar la decisión de disentir respetuosamente con la desestimación del presente recurso de amparo exclusivamente en lo que respecta a la insuficiente ponderación del derecho de representación política.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

**Voto particular concurrente que formula el magistrado don Santiago Martínez-Vares García a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 814-2018.**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular concurrente en virtud de los argumentos que expongo a continuación, manifestando mi total conformidad con el fallo de la sentencia.

En consonancia con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno, y dejando de lado aspectos meramente sistemáticos que afectan a los FFJJ 9 a 12, debo indicar que la desavenencia que expreso no lo es en relación con la argumentación seguida en la sentencia, sino con la parquedad de la misma, al no integrar en los Fundamentos Jurídicos 16, 18 y 20, -pese a estar recogidos en los Antecedentes- el relato de hechos, junto con su valoración, efectuado por el magistrado instructor y la Sala de Recursos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que dieron lugar al ingreso en prisión provisional del recurrente en amparo, con el fin de poner de relieve la adecuación a derecho de las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo y las razones jurídicas que las avalan, como finalmente hace con acierto la Sentencia de este Tribunal.

1. En primer lugar, considero que la sentencia, en su FJ 16, debió poner de manifiesto la dispar situación que constituye el supuesto de hecho enjuiciado por el TEDH en su Sentencia de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas* c. Turquía) del que es objeto de este recurso de amparo, dado que el recurrente, mediante escrito de 4 de enero de 2019, había alegado la similitud entre ambos casos. En tal sentido:

A) La STEDH de 20 de noviembre de 2018, al abordar el juicio de proporcionalidad de la injerencia de la privación de libertad en el derecho de participación política, constata una violación del artículo 5.3 CEDH en razón de su mantenimiento en prisión provisional por parte de las autoridades judiciales turcas por motivos que no podían ser considerados “suficientes” para justificar la duración, por más de veintitrés meses, de la prisión (§ 238). Añade, en esta línea, que las consideraciones acerca de la necesidad de justificar una medida tan grave como la prisión provisional valen *a fortiori* para la prisión de un diputado (§ 239), de suerte que las consideraciones sobre la injerencia en el derecho del artículo 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH se presentan como un reforzamiento de las previamente efectuadas acerca de

la existencia de una injerencia indebida en el derecho a la libertad. En este sentido, con carácter previo a la vulneración del citado artículo 3 y como presupuesto inmediato de la misma, el Tribunal de Estrasburgo constata la violación del derecho del recurrente al control judicial de su privación de libertad (art. 5.3 CEDH) afrontando, después, con esa base, la posible injerencia de dicha privación en sus derechos como parlamentario.

El TEDH advierte que el elemento fundamental tenido en cuenta por las autoridades judiciales de Turquía para acordar y mantener la prisión del recurrente fue la incardinación de los delitos imputados en un precepto de la ley procesal de dicho país que contiene, una suerte de presunción legal sobre la existencia de riesgo de fuga o de alteración de pruebas y de presión sobre los testigos, las víctimas u otras personas. Ante esta circunstancia, el TEDH reafirma en la sentencia la doctrina según la cual cualquier sistema de privación cautelar de libertad de carácter automático es, por sí mismo, incompatible con el artículo 5.3 CEDH. Las autoridades judiciales habían, por tanto, mantenido al demandante en situación de prisión provisional en exclusiva consideración del número y la naturaleza de las infracciones que le eran imputadas y la gravedad de las penas asociadas a las mismas, elementos que, incluso aceptando que puedan justificar la adopción de una medida cautelar privativa de libertad, el TEDH estima que no son, sin embargo, motivo suficiente para justificar su prolongación en el tiempo, especialmente en un estado avanzado del procedimiento (§ 190). Descartada igualmente la relevancia de la incomparecencia del recurrente al llamamiento efectuado por las autoridades encargadas de la investigación -ya que esa incomparecencia se había producido cuando aquél todavía gozaba de inmunidad parlamentaria, no suponiendo, por ello, su negativa la exteriorización de un riesgo de fuga- (§ 192), el TEDH considera que el resto de motivos mencionados en las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales no era más que “una enumeración estereotipada” de razones de carácter genérico. Por ello, el TEDH concluye que la privación de libertad no se fundó en motivos suficientes como para justificar su duración.

En suma, en el caso de la STEDH de 20 de noviembre de 2018, la vulneración del derecho de participación política resultaba parcialmente tributaria de una vulneración concomitante del derecho a la libertad, pues las resoluciones que habían sido impugnadas habían basado el prolongado mantenimiento (por más de veintitrés meses) de la privación de libertad del recurrente en una mera presunción legal de riesgo y en razones meramente genéricas o estereotipadas, dato de partida que ocupaba un ámbito específico del juicio de proporcionalidad relativo a la posible vulneración del derecho del artículo 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH.

B) La situación de la que ha de partir el examen de la vulneración del artículo 23 CE en este recurso de amparo es manifiestamente distinta, pues, no ha existido una vulneración del derecho a la libertad personal derivada de la insuficiencia de las razones expresadas por los órganos judiciales para mantener la privación de libertad.



En efecto, las resoluciones judiciales aquí impugnadas explicitan cuál es el presupuesto por el que se mantiene la prisión provisional en su día adoptada, a saber, los indicios racionales de la intervención del demandante de amparo en unos hechos presuntamente constitutivos de delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos. La participación del demandante en esas conductas delictivas, apreciada con el carácter inherente a la fase procesal en las que se dictaron las resoluciones impugnadas, ha quedado reflejada en los antecedentes y en la fundamentación jurídica de esta sentencia, a los que procede remitirse ahora.

Por otro lado, esas resoluciones fundan la adopción de la medida cautelar en la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la de precaver el riesgo de reiteración delictiva. Como así se refleja en los antecedentes de esta sentencia, para la apreciación de ese riesgo se toma como referencia la conducta previamente desarrollada por el demandante en ejecución del plan preconcebido, utilizando o sirviéndose de los resortes de poder que le confería su relevante posición pública. Desde esa premisa de partida, las resoluciones combatidas ponen de manifiesto que, en el momento en que se decidió el mantenimiento de la prisión provisional, nada autorizaba a considerar que el recurrente había abandonado sus pretéritos designios de proclamación de la independencia de Cataluña, sirviéndose de vías semejantes a las ya empleadas y con consecuencias similares a las ya producidas. De ahí que el mantenimiento de la privación de libertad no se anude al hecho de que el recurrente mantenga su ideario independentista, sino a la existencia de un riesgo cualificado de reincidir en un comportamiento sustancialmente equivalente al previamente desempeñado, cuyas consecuencias se reputan cualificadamente más graves que las derivadas de la eventual conducta de otros investigados, dada la posición y relevancia que previsiblemente aquél ostentaba.

En definitiva, la valoración que hemos de efectuar sobre la posible lesión del artículo 23 CE como consecuencia de la injerencia de la prisión provisional del demandante de amparo en el ejercicio de su derecho al cargo público representativo no puede fundarse, como ocurría en el caso planteado en la STEDH de 20 de noviembre de 2018, en el presupuesto de una vulneración del derecho a la libertad. Por el contrario, nuestra ponderación de la posible vulneración del derecho de participación política ha de partir de una prisión provisional que responde a un fin legítimo y que ha sido correctamente motivada por los órganos judiciales.

C) Concorre, además, otra diferencia sustancial entre el supuesto de hecho de la STEDH de 20 de noviembre de 2018 y el que es objeto de este recurso de amparo en cuanto a la posición institucional y a la relevancia política de uno y otro demandante.

En la STEDH la prisión provisional afectaba a un político, líder de un partido en la oposición, al que se le imputaba una actividad delictiva que no guardaba relación directa con el ejercicio de cargo público.

Por el contrario, en el caso que nos ocupa, las apreciaciones del magistrado instructor, confirmadas por la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, estiman que el recurrente en amparo llevó a cabo un conjunto de actividades delictivas desde su posición institucional como Vicepresidente de la Generalitat y Consejero de Economía de la Comunidad Autónoma y líder de una formación política que integraba la mayoría parlamentaria que sustentaba al Gobierno autonómico, utilizando los resortes institucionales que le proporcionaba su cargo público y su posición preeminente, lo que le permitía ejercer una capacidad directiva y jerárquica, inherentes al cargo y a su posición.

2. En segundo lugar, adverada la legalidad y la justificación de una finalidad constitucionalmente legítima que sustentaba la prisión provisional, la sentencia debía haber aflorado en el FJ 18 –y no a través de la mera remisión al razonamiento jurídico quinto del auto de 5 de enero de 2018-, el ponderado y ajustado razonamiento contenido en las resoluciones impugnadas en el que se valora la incidencia de la prisión provisional en el ejercicio del derecho del recurrente de acceso al cargo público. De este modo debía haberse constatado que el magistrado instructor funda la prisión provisional del demandante de amparo, entre otros, en el riesgo de reiteración delictiva y considera que no concurren las mismas circunstancias para modificar la medida cautelar de prisión en relación con el grupo de investigados, en el que sitúa al demandante de amparo, pues sus “aportaciones están directamente vinculadas a una explosión violenta que, de reiterarse, no deja margen de corrección o de satisfacción a quienes se vean alcanzados por ella”. Entiende que “[e]l riesgo de reiteración de sus conductas 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 sólo su convivencia social o familiar, así como el libre desarrollo económico y laboral, sino la propia integridad física”. A continuación, en el auto se hace referencia a los datos de la investigación que “vinculan una aportación de esos encausados directamente vinculada con el ejercicio de la violencia”.

Interesa destacar que se relata la existencia de un grupo de personas, del que forma parte el demandante de amparo, que integraba un Comité Estratégico “que han desempeñado una función definitoria de cómo y cuándo llevar a término cada una de las actuaciones del proceso y, consecuentemente, de la violencia y los tumultos [...]”. “De otro lado -continúa el razonamiento del magistrado instructor-, su capacidad de decidir sobre la idoneidad y el momento en el que era conveniente desplegar cada uno de los comportamientos del *procès*, supone dirigir las movilizaciones que pusieron en riesgo -o materializaron incluso- la violenta explosión social que contemplamos, habiendo llegado estos encausados incluso a intervenir en su ejecución material”. En concreto, se recoge en el auto que el demandante de amparo acudió a los “hechos violentos” que tuvieron lugar con ocasión de “la convocatoria del asedio que decenas de miles de manifestantes hicieron a la comisión judicial que ejecutó el registro de las instalaciones de la Consejería de Economía de la Generalidad en Barcelona”.

Para el magistrado instructor, el riesgo de reiteración delictiva de los integrantes de este grupo de investigados “refleja la posibilidad de que puedan reproducirse actos con graves, inmediatas e irreparables consecuencias para la comunidad. De esta manera, el peligro no desaparece con la formal afirmación de que abandonan su estrategia de actuación y con la determinación judicial de reevaluar su situación personal si sus afirmaciones resultan mendaces, sino que exige constatar que la posibilidad de nuevos ataques haya efectivamente desaparecido, o que paulatinamente se vaya confirmando que el cambio de voluntad es verdadero y real”. Concluye afirmando que respecto de estos investigados no se puede rebajar la intensidad de la medida cautelar con base en el argumento de que con posterioridad a su adopción hayan asumido su participación como candidatos en las elecciones al Parlamento de Cataluña, pues “[e]l riesgo de reiteración delictiva va expresamente unido a las responsabilidades políticas a las que aspiran” (Fundamento Jurídico Cuarto).

Por otra parte el auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, al desestimar el recurso de apelación, resalta en varios pasajes la posición preponderante del recurrente por su condición de Vicepresidente de la Comunidad Autónoma (Razonamientos Jurídicos Primero a Cuarto). En cuanto a la afectación de la medida cautelar de prisión en el derecho del demandante a participar en las elecciones, la Sala, tras afirmar que “la existencia de una causa penal no es incompatible de forma absoluta con el ejercicio del derecho de participación política, aunque en algunos aspectos puede suponer limitaciones”, pone de relieve que “el recurrente concurrió a las elecciones, pudo votar y ha resultado elegido”. No descarta además que “la proporcionalidad de la medida en relación con el derecho alegado,” pueda “ser tenida en cuenta por el Instructor en el momento de adoptar las decisiones que resulten pertinentes, en momentos puntuales y en función de las circunstancias que se presenten en cada uno de ellos” (Razonamiento Jurídico Quinto).

Respecto al riesgo de reiteración delictiva como fin que justifica la prisión provisional del demandante, la Sala considera que “[n]o existe en la actualidad ningún dato que permita entender que la intención del recurrente sea prescindir de la posibilidad de ocupar el mismo o similar lugar político que le permitió, por el poder político del que disponía, ejecutar los actos delictivos que se le imputan; ni tampoco, más allá de algunas manifestaciones no corroboradas por hechos posteriores, que su voluntad, o la del partido que lo sostiene como candidato a la Presidencia de la Generalitat, se oriente precisamente a abandonar la idea de una proclamación unilateral de independencia que alcanzara efectividad, que era el objetivo propuesto y no alcanzado al poner en marcha el Estado los mecanismos constitucionales y legales de defensa de la democracia; ni tampoco que al hacerlo no vayan a seguir las mismas vías ya antes iniciadas y, por lo tanto, con consecuencias similares a las ya producidas con anterioridad”. La Sala excluye que la valoración del riesgo de reiteración delictiva se sustente en el hecho de que el demandante de amparo continúe defendiendo “la pertinencia, la conveniencia o el deseo de la independencia de Cataluña”, sino que se funda en “la defensa de la forma en la que puede lograrse ese objetivo, que hasta ahora [...] se ha caracterizado por la

desobediencia frontal a la legalidad vigente y por la incitación a sus partidarios a movilizarse en la calle, hasta enfrentarse, incluso físicamente, a quienes pretenden hacer efectiva la vigencia de las leyes democráticamente aprobadas”. En definitiva, la Sala concluye que “[n]o se trata, por lo tanto, de impedir que vuelva a defender su proyecto político, sino de evitar que lo haga de la misma forma en la que lo ha hecho hasta ahora y que ha dado lugar a hechos bien conocidos por su notoriedad, que [...], sin perjuicio del resultado de la fase de instrucción o de lo que en su día pueda decidir un Tribunal, presentan sólidos caracteres delictivos” (Razonamiento Jurídico Sexto).

3. Finalmente, en el FJ 20, debió indicarse que la queja del demandante, por la que se le habría impedido desempeñar sus funciones como parlamentario, pese a haber adquirido la condición plena de diputado, se sustenta en un dato que no es cierto, como es el de haber adquirido la condición plena de diputado cuando se habían dictado las resoluciones judiciales recurridas.

En efecto, en el momento en que se dictaron estas resoluciones, en concreto, el auto de la Sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, que agota la vía judicial previa al recurso de amparo, el demandante había sido declarado diputado electo, pero aún no había accedido al pleno ejercicio de la condición de parlamentario, pues no había satisfecho en esas fechas los dos requisitos que para la adquisición plena de esta condición impone el artículo 23 del Reglamento del Parlamento de Cataluña: (i) la presentación en el registro general de la Cámara de la credencial de diputado y haber prestado promesa o juramento de respetar la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña; y (ii) la presentación de las declaraciones de actividades y bienes. Consideración a la que hay que añadir la circunstancia no menos relevante de que tampoco se había celebrado la sesión constitutiva de la Cámara, que tuvo lugar el día 17 de enero de 2018, fecha posterior a la del auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo objeto de este recurso. Así pues, ha de concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas no le han impedido el ejercicio de las facultades propias del cargo representativo que el recurrente en amparo denuncia en la demanda, pues cuando se dictaron no había accedido al pleno ejercicio de la condición de parlamentario ni había dado comienzo la legislatura, circunstancia esta que le aleja del supuesto de hecho examinado en la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto *Selahattin Demirtas* c. Turquía).

Por otra parte debió exteriorizarse que la modulación de la medida cautelar en función de las circunstancias concurrentes para preservar la proporcionalidad de la prisión provisional, que dejó abierta el auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018, tuvo su reflejo en resoluciones con las que se ha pretendido paliar las limitaciones que pueden derivarse de dicha situación en el ejercicio de aquel derecho. Así, el magistrado instructor en el auto de 12 de enero de 2018, confirmado en apelación por el Auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018, ha reconocido al demandante de amparo, “por la especial relevancia de la función parlamentaria encomendada”, la posibilidad de

delegar su voto en otro miembro de la Cámara, instando al respecto a ésta a que habilitase el procedimiento preciso para dicha delegación mientras subsista la situación de prisión provisional. La delegación de voto del recurrente en amparo en otro diputado fue autorizada por la Mesa de la Cámara por acuerdo de 20 de enero de 2018. Y si bien es cierto que el recurrente no pudo asistir físicamente a las sesiones, votando por delegación, dicha limitación se justificó en los autos por: (A) el riesgo de reiteración delictiva existente derivado de: (i) la posibilidad de que su liderazgo volviera a manifestarse con movilizaciones ciudadanas colectivas violentas y enfrentadas al marco leal de convivencia, al mantener las funciones de representación que ostentaba cuando se cometieron los delitos; (ii) su comportamiento que ha consistido en desatender órdenes judiciales y llamar masivamente a la ciudadanía a la desobediencia; en impulsar a importantes sectores de la población a que resistieran o se enfrentaran a la actuación de los cuerpos de seguridad del Estado; en jactarse de su determinación y perseverancia en no aceptar las reglas de la convivencia, apelando a una ruptura estructural; (B) la pervivencia de dicho riesgo subsiste a tenor de cómo se han proseguido desarrollando los acontecimientos y el extendido apoyo social a los investigados que han huido de la justicia y de rechazo de la prisión provisional adoptada en el proceso, máxime cuando lo que se pretende es que se autorice el retorno al escenario donde se perpetraron los hechos; (C) y, finalmente, la inexistencia de garantías de que se mantenga la pacífica convivencia que justificó la prisión provisional, si se acuerda la conducción de salida y retorno del centro penitenciario, en fecha y hora determinada, con un punto de destino y regreso bien conocido [el Parlamento catalán], dados los graves enfrentamientos que podían surgir o brotar con ocasión del traslado de unos presos que suscitan apoyo incondicional, pues los hechos cometidos además de dilatados en el tiempo, planificados y orientados a la ruptura estructural, con un incumplimiento permanente, reiterado y público de las normas de convivencia, se encontraban muy próximos en el tiempo.

Las resoluciones concluyeron que el permiso pondría en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico y alterarían muy probablemente la convivencia ciudadana con posibles movilizaciones orientadas a una fragmentación social y a un encrespamiento de la ciudadanía, no siendo factible compatibilizar la asistencia a los plenos parlamentarios con el cumplimiento de los fines de la prisión provisional y admitiendo el voto delegado como posibilidad de aminorar o aliviar los inconvenientes que genera la situación de prisión provisional, y restringir lo menos posible el ejercicio de las funciones parlamentarias.

También el magistrado instructor en el auto de 9 de julio de 2018, confirmado en apelación por el auto de la Sala de Recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2018, en el que acordó, en aplicación del artículo 384 bis LECrim, la suspensión temporal del demandante de amparo en su condición de diputado del Parlamento de Cataluña, comunicó a la Mesa de la Cámara la inexistencia de impedimento procesal para que el cargo y las funciones representativas del demandante puedan ser ejercidas de manera plena, pero temporal, por otro miembro integrante de la misma candidatura electoral en la que se ha presentado a las elecciones. El Pleno de la

Cámara, en sesión de 2 de octubre de 2018, acordó que, mientras continuase la situación jurídica actual, los derechos parlamentarios del recurrente en amparo podían ser ejercidos por el miembro de su grupo parlamentario que designe. El demandante de amparo comunicó a la Mesa, en fecha 2 de octubre de 2018, la designación del diputado que ejercerá sus derechos parlamentarios en tanto se mantenga su prisión provisional.

Finalmente, el Tribunal Supremo autorizó al recurrente y a otros procesados a que asistieran el 21 de mayo de 2019, a la sesión constitutiva del Congreso y el Senado, así como para que pudieran acudir en persona a recoger sus actas de diputados, y de senador. Y aunque extramuros de la actividad propiamente parlamentaria, es público y notorio que como han venido informando distintos medios de comunicación el demandante de amparo, junto con otras personas procesadas en la causa, fue trasladado a un centro penitenciario radicado en la Comunidad Autónoma de Cataluña y que, en la medida en que lo permite su régimen penitenciario de preso preventivo, ha llevado a cabo una actividad política continuada al recibir visitas de distintos cargos públicos y dirigentes de diferentes formaciones políticas, mediante la publicación de cartas, artículos o comunicados y, en fin, con la concesión de entrevistas a distintos medios de comunicación.

De lo anterior se deduce que las medidas adoptadas para minimizar el sacrificio del derecho fundamental afectado han sido significativas.

En este sentido formulo el presente voto particular concurrente.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.