

Voto particular que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia que resuelve el recurso de amparo abogado núm. 4586-2020

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, con pleno respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto en la consideración de que la sentencia debía estimar el recurso de amparo. Mi disidencia se refiere a dos de los motivos de inconstitucionalidad formulados por el demandante: (1) la afectación al derecho fundamental al juez imparcial en relación con el Presidente del tribunal de enjuiciamiento, por entender que la duda planteada es razonable y legítima, y (2) la afectación al derecho a legalidad penal, desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena determinada en la ley y de la garantía de tipicidad, por la extensión de la pena de inhabilitación especial a la pérdida del cargo de diputado autonómico y la incapacidad para obtener otro cargo de representación en todos los niveles, local, autonómico, estatal y europeo.

1. Derecho al juez imparcial. Magistrado presidente del tribunal de enjuiciamiento

1.1. Hechos en que se fundamenta la tacha de inconstitucionalidad

La demanda describe diversos elementos que avalarían la sospecha de parcialidad del magistrado, de los que solo creo que tienen virtualidad tres.

- (i) El Magistrado presidente integró la sala que admitió a trámite la querrela de la fiscalía.
- (ii) En rueda de prensa del 12 de marzo de 2019 en su calidad de presidente del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña opinó sobre la legalidad del Acuerdo de la Junta Electoral Central del día anterior, acuerdo en que se requería al President de la Generalitat para que ordenase, en el plazo máximo de 48 horas, la retirada de las banderas *esteladas* o lazos amarillos que pudieran encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalitat.
- (iii) El 23 de febrero de 2018 en un acto institucional en el Colegio de Abogados de Barcelona, cuando el President del Parlament calificó como "presos políticos" a los imputados en la causa especial por rebelión que se seguía en el Tribunal Supremo, se levantó y abandonó la sala con otras autoridades y cargos judiciales.

El demandante intentó la recusación del magistrado, incidente que fue desestimado, e invocó su derecho al juez imparcial en el recurso de casación.

1.2. Apariencia de imparcialidad y confianza en la justicia

La idea de imparcialidad es consustancial a la de justicia, hasta el punto de que se convirtió en la nota que ha caracterizado la posición institucional del juez en la cultura jurídica occidental, como un tercero ajeno a los intereses de las partes en conflicto, obligado a resolver conforme al

derecho vigente, desapasionado, sereno y con la distancia necesaria, objetiva y subjetiva, para generar confianza en los litigantes y en la sociedad. La imparcialidad es una garantía esencial de la función jurisdiccional, condiciona su existencia, de ahí que se convenga que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4). Nada hay más disfuncional para la legitimidad de jueces y tribunales -que constituyen la esencia y la posibilidad de realización del Estado de Derecho, la garantía jurisdiccional- que sus resoluciones se interpreten o puedan interpretarse como motivadas por razones extrañas a las del derecho. En este contexto surge la necesidad de proteger la apariencia de imparcialidad del juez. Lo que genera una obligación para el juez de apartarse o abstenerse de conocer en el caso de que concurren circunstancias que puedan hacer pensar a las partes y a la sociedad que es parcial.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 6 del Convenio – que protege el derecho al juez imparcial- en clave de que el juez no sólo debe ser imparcial, también tiene que parecer que es imparcial. Imparcialidad es ausencia de prejuicio y las apariencias en este ámbito son tan importantes como la realidad, porque de ellas depende la percepción de la sociedad sobre el tribunal del caso. Para garantizar el derecho al juez independiente e imparcial, y excluir toda sombra de parcialidad, el Tribunal Europeo ha elaborado la teoría de las apariencias, aceptada como estándar de enjuiciamiento en los instrumentos internacionales sobre el estatuto del juez, con la pretensión de reforzar la confianza de los ciudadanos en sus tribunales y propiciar la imagen sobre la ausencia de prejuicio del juez del caso. La imparcialidad, ha sostenido de manera reiterada, tiene una dimensión subjetiva, que atiende a la convicción personal del juez ante un proceso concreto –que se presume, salvo prueba en contrario vista la dificultad para aprehenderla-, y una dimensión objetiva que se preocupa por su posición institucional, al margen de su conducta personal, y evalúa si ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima y razonable (ya en SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack contra Bélgica*, § 30, y de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber contra Bélgica*, § 24; más recientemente, SSTEDH [GS] de 15 de diciembre de 2005, caso *Kyprianou c. Chipre*, § 118; y de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef c. Malta*, § 93). La doctrina de este Tribunal ha incorporado la tesis de la relevancia de las apariencias como técnica de análisis acerca de la plausibilidad de la sospecha de parcialidad, percepción que ha de verse acreditada con datos objetivos que avalen su razonabilidad. Hay que advertir que este examen no cuestiona la profesionalidad del juez afectado, ni su capacidad para la independencia y la imparcialidad, solo atiende a su posición institucional en el proceso como tercero ajeno e indiferente. Por ello, el objeto de análisis no debe ser si el juez ha perdido la imparcialidad -de ahí que este Tribunal

Constitucional la denomine garantía de imparcialidad aparente-, sino la apariencia, que se mueve en el campo de lo probable, que emerge de las circunstancias concretas y de su percepción social, para determinar si se puede excluir toda duda sobre su parcialidad en el caso, si está en condiciones de presentarse y ofrecer una imagen adecuada para generar la confianza de las partes y de la sociedad respecto a su posición como tercero.

1.3. Examen sobre el valor de los hechos desde la perspectiva del derecho fundamental y la justificación de la desestimación de la queja

La sentencia descarta la tacha de parcialidad haciendo un análisis separado del hecho primero, un acto dentro del propio proceso del que trae causa el amparo, de los otros dos elementos relacionados con su presencia en el espacio público como presidente del TSJ. Sin embargo, es necesario analizar de manera conjunta estos tres hechos para comprobar si el magistrado presidente ofrecía una imagen adecuada para generar la confianza del acusado, de las partes del proceso penal y de la sociedad en que su posición institucional en el proceso era la de un tercero ajeno e indiferente.

(i) Sobre la admisión a trámite de la querrela contra el demandante por auto del Tribunal Superior de Justicia de 1 de abril de 2019, nuestra sentencia sostiene que la resolución no contiene un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y que se limitaba a afirmar que la relación de hechos presentaba apariencia delictiva. Considera que la instrucción a la que daba inicio trata de comprobar si los hechos descritos en la querrela son constitutivos de delito y se configura como un juicio diferente del razonamiento fáctico y jurídico propio de la decisión del caso.

(ii) El supuesto que nos ocupa desde el punto de vista de su reconstrucción como acontecimiento del pasado, objeto del proceso penal, es un hecho simple. La admisión de la querrela es un trámite en el que el juez toma contacto con los hechos y los valora indiciariamente. Un enjuiciamiento *prima facie* sobre la verosimilitud de la realidad fáctica y la racionalidad de su encaje en el marco de los tipos penales. No puede olvidarse que en ese trance el juez, con respeto al derecho al proceso debido, puede también inadmitir la querrela, una decisión de sentido contrario. Luego, la apertura de las diligencias penales tiene cierta relevancia en materia de apariencia de imparcialidad del juzgador. Cuando se aborda un hecho simple como el enjuiciado en este caso, el juez que admite la querrela -en nuestro sistema procesal penal, de ordinario este juez y su función están separados del tribunal de enjuiciamiento, la excepción y el problema lo plantea el enjuiciamiento de aforados- toma contacto directo con un material indiciario que luego constituirá los medios de prueba ofrecidos por la acusación. Todos ellos estaban presentes en este

momento inaugural. Las fuentes de prueba documentales eran los acuerdos de la Junta Electoral Central, que aportaba el fiscal; las pancartas con lazos amarillos y *esteladas* en los edificios de la Generalitat era un hecho notorio. También era un hecho notorio la respuesta del demandante y su negativa a retirar los símbolos. La admisión obligaba a la sala a examinar los mismos medios que accedieron con posterioridad al juicio, por iniciativa de las partes, durante la fase de prueba. Lo que supone un contacto directo, aunque provisional e indiciario, que permite y obliga al juez a formar una opinión con un mínimo de rigor sobre la relevancia jurídico penal de la hipótesis fáctica del querellante. De manera aislada podría reducirse el valor de este acto procesal como indicador de prejuicio o de toma anticipada de posición, pero si relacionamos este dato con los otros dos, no puede negarse que sustentan una duda razonable sobre la posición institucional del magistrado que presidió el tribunal que condenó al demandante.

(iii) Para analizar los dos elementos siguientes, la sentencia esgrime diversos argumentos. De un lado, deslinda las funciones jurisdiccionales de las responsabilidades gubernativas, que se dice permiten al titular del cargo un mayor margen de apreciación. De otro, considera que la labor del Tribunal Constitucional es controlar la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas que desestimaron la pretensión sobre el derecho al juez imparcial, quedando fuera de este campo la actuación gubernativa del magistrado como presidente del TSJ. Es razonable, concluye, lo que dijo y lo que hizo en un marco funcional diferente al de la jurisdicción.

Estas consideraciones no me parecen convincentes. No discuto que deba distinguirse la función gubernativa de la jurisdiccional y que el presidente de un órgano jurisdiccional, representante del poder judicial en la Comunidad Autónoma, puede hacer declaraciones, ofrecer ruedas de prensa y manifestar su incomodidad ante ciertos discursos en un momento de conflicto político en que se veía comprometido el respeto debido a la legalidad. Incluso, se pueden entender y justificar tales intervenciones del presidente del TSJ en la vida pública, para defender la independencia y legitimidad de la actuación de jueces y tribunales en aquel contexto. Pero no se puede pretender que esos dichos y esos gestos no sean valorados desde la perspectiva del derecho fundamental al juez imparcial cuando, en su calidad de magistrado de la Sala Penal, la misma persona que ostenta el cargo gubernativo ejerce la jurisdicción y preside el tribunal que enjuicia por delito al presidente de la Comunidad. Es decir, parece claro que hay que traer a la ponderación sobre la posición institucional del juez en el proceso lo que este ha hecho en ejercicio de sus funciones gubernativas. La distinción entre funciones pierde su importancia cuando interviene en el proceso integrando la sala de enjuiciamiento, lo que tiene, como se dice en la sentencia, requerimientos diferentes.

Resulta que el magistrado que presidió el tribunal había valorado públicamente el acuerdo en que la Junta Electoral requirió al demandante de amparo, acto cuyo incumplimiento fue la conducta calificada como delictiva en la sentencia y que motivó su condena. Que en el momento en que hizo estas declaraciones no fuera previsible la desobediencia del demandante, como afirma la sentencia, en nada afecta a la posición que revelaba su discurso. En la rueda de prensa el presidente dijo: “La medida es tan obvia que no tendría que ser necesaria (...) los edificios públicos no son espacio para los posicionamientos ideológicos, porque funcionarios y servidores públicos se deben a principios de actuación que parten de la neutralidad y la objetividad (...) las decisiones son vinculantes para los gobernantes. Ante un período electoral la Junta Electoral está obligada a exigir que se respeten al máximo los principios y valores de la neutralidad, porque está en juego el equilibrio político”. No se puede entender que estas declaraciones no proyectaran una imagen sobre la posición del juez en el conflicto institucional entre la Junta Electoral Central y el presidente del Govern de la Generalitat. Manifestó su opinión acerca de cuestiones que fueron objeto del debate procesal: la legalidad del requerimiento (era tan obvio que no debería haberse tenido que formular), el deber de neutralidad (los edificios no son espacio para posicionamientos ideológicos), la obligatoriedad de los acuerdos de la JEC y los deberes de los gobernantes (funcionarios y servidores públicos se deben a principios de neutralidad).

(iv) Antes del inicio del proceso penal, el magistrado en concepto de presidente del TSJ expresó en un acto institucional en el Colegio de Abogados su rechazo al lema del mensaje de las pancartas que la JEC ordenó retirar de los edificios de la Generalitat. Cuando una de las autoridades intervinientes calificó a los políticos imputados por rebelión que estaban sometidos a la medida cautelar de prisión preventiva como “presos políticos”, el magistrado se levantó y abandonó la sala, al tiempo que otras autoridades y cargos judiciales. Este gesto exponía al público de manera cierta y precisa su postura ante el mensaje que soportaban las pancartas por las que la JEC requirió al President de la Generalitat. En el juicio se examinó si el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión daba cobertura al demandante para negarse a retirar aquellos símbolos. La vinculación de ese gesto y la opinión que expresa con el objeto del juicio es, también en este punto, una circunstancia constatable.

1.4. Conclusión

La lectura conjunta de esos tres datos permite sustentar como legítima y razonable, desde el punto de vista de un observador objetivo, la sospecha de que el magistrado que presidió el tribunal que juzgó al demandante Sr. Torra podría haber formado criterio antes de iniciarse las sesiones del juicio, lo que afectaba a su derecho fundamental al juez imparcial.

2. Derecho a la legalidad penal y pena de inhabilitación especial para cargo público

2.1. Garantía de tipicidad y extensión imprevisible de la pena a la pérdida definitiva del cargo de diputado autonómico y la incapacidad para obtener otro a nivel local, autonómico, estatal y europeo.

El demandante de amparo fue condenado como autor de un delito de desobediencia del art. 410 CP a las penas de multa de diez meses, con una cuota diaria de 100 euros, y de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado por tiempo de un año y seis meses.

La demanda sostiene que la individualización de la pena de inhabilitación obedece a una aplicación extensiva del art. 42 CP lesiva del art. 25.1 CE. La sentencia aborda bajo la rúbrica del derecho a la legalidad penal estas cuestiones, que reconduce a dos quejas: la falta de una relación entre el cargo sobre el que recae la pena de inhabilitación y los hechos objeto de condena y la ausencia de analogía entre los diversos cargos que integran la condena impuesta.

La decisión de la mayoría defiende la suficiencia y razonabilidad de la motivación expuesta en las resoluciones impugnadas. Argumenta para ello desde la premisa de que, si bien ha de precisarse el cargo o cargos sobre los que recae la condena (art. 42 CP), no es necesaria, dado que se trata de una pena principal, la “relación directa” con el delito cometido que sí se exige cuando la inhabilitación especial es una pena accesoria (art. 56.1.3 CP). No obstante, sostiene que cabe apreciar la relación entre el hecho delictivo cometido y los cargos objeto de condena y de estos entre sí. Apela a la “íntima relación” entre la condición de presidente y de diputado fruto del art. 67.2 EAC, que limita la posibilidad de ser presidente a los miembros del Parlamento de Cataluña, y a que el delito fue cometido por el recurrente en su condición de autoridad gubernativa autonómica, pero en el marco de un proceso electoral de ámbito estatal, para concluir que “confluyen, tanto las funciones ejecutivas y legislativas, como diversos niveles territoriales”. La analogía entre todos los cargos –afirma– “se concreta en su común naturaleza derivada de su fuente democrática de legitimación”, para insistir a continuación en la importancia del respeto por todos los poderes públicos del principio de neutralidad en período electoral y a la pérdida de confianza en el sistema institucional “si se permitiera el mantenimiento o la obtención de un cargo gubernativo o electivo a quien no respeta las reglas más básicas de un proceso electoral, de cualquier ámbito o naturaleza”, con cita de la STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3.

Considero que la extensión de la pérdida definitiva del cargo al de diputado autonómico, que es el contenido de la pena de inhabilitación especial, y la incapacidad para obtener el mismo u otro análogo, vulnera el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, en su dimensión de garantía de tipicidad en la aplicación de la ley, en relación con el derecho fundamental al acceso a funciones y cargos públicos del art. 23.2 C. La pena resulta imprevisible en cuanto a su alcance (al cargo de diputado y a todos los niveles territoriales de la representación política) y desborda el límite que impone el marco legal del tipo.

2.1.1. Problema constitucional y parámetro de enjuiciamiento

Un primer foco de discrepancia atañe al parámetro de análisis que emplea la sentencia.

La queja por el alcance de la inhabilitación especial –que la sentencia condenatoria extiende a la condición de diputado y a la prohibición de concurrir a elecciones en todos los ámbitos territoriales– cuestiona la existencia de una ley previa que asocie la concreta pena que se ha impuesto a la conducta por la que se sanciona al recurrente, como exige el art. 25.1 CE, por entender que esa amplitud rebasa el ámbito del art. 410 CP en relación con el art. 42 CP. De hecho, el motivo se ubica en la ponencia en el FJ 7, que lleva por título “El derecho a la legalidad penal”. Sin embargo, el análisis que se desarrolla se limita a una revisión de la razonabilidad de la motivación ofrecida por los órganos judiciales más propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Los derechos recogidos en los arts. 24.1 CE y 25.1 CE coinciden en demandar razonabilidad de las decisiones de los jueces al aplicar el Derecho; pero el art. 25.1 CE identifica esa razonabilidad con la previsibilidad y dispone de un test de enjuiciamiento específico con tres vectores: razonabilidad o previsibilidad semántica, metodológica y axiológica (ya desde las SSTC 137, de 21 de julio, FJ 7, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4). La omisión de esos criterios en la motivación ofrecida en las resoluciones impugnadas, tanto en la interpretación de los preceptos penales concernidos como en su aplicación estricta al caso, conduce, según creo, a un análisis parcial del problema. El examen global, por el contrario, permite apreciar el desbordamiento del marco penal y, con ello, la falta de previsibilidad de la pena impuesta.

2.1.2. Criterios de previsibilidad de la pena impuesta

(a) Previsibilidad semántica

El tenor literal de la norma penal marca el límite de toda interpretación y subsunción. En el caso resulta claro que el art. 410 CP dispone que la conducta de desobediencia por la que se condena al recurrente lleva aparejada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo

público por tiempo de seis meses a dos años. Este precepto debe integrarse con el art. 42 CP, que es el que define el contenido de la pena (i) y exige precisar su extensión (ii).

- (i) La inhabilitación especial supone la privación definitiva del cargo sobre el que recae (aunque sea electivo) y también la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.
- (ii) En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación

La dicción del art. 42 CP exige identificar los cargos sobre los que recae la inhabilitación, pero no ofrece pauta alguna para ello, dibujando un alcance de la pena de gran indeterminación que, más allá de las dudas de taxatividad que suscita, obliga al juez penal a un esfuerzo redoblado para alcanzar un resultado previsible. A la hora de decidir debe tener presente, además, que el art. 42 CP no prevé la analogía para la designación del cargo o cargos de los que se priva, solo para fijar el ámbito al que debe extenderse la incapacidad de obtener otros cargos, estos sí análogos a aquel o aquellos sobre los que recae. En tal sentido, considero que no puede justificarse la pérdida de la condición de diputado por una supuesta analogía con la condición de presidente de la Generalitat en tanto que estatutariamente solo puede ser elegido como tal quien ostente la condición de diputado o por la condición de cargos “electivos” de ambos o por haberse producido la desobediencia en el marco de un proceso electoral. La privación del cargo electivo, en su caso, debe justificarse con los criterios materiales que se manejen para precisar el cargo objeto de la pena, pero no por analogía –al margen ahora de si efectivamente concurre– con el cargo del que se priva, esto es, con el cargo gubernativo que indubitadamente viene afectado por la inhabilitación especial.

Precisamente que no se discuta la privación del cargo de President resulta revelador de que el criterio razonable que ofrezca seguridad jurídica no puede ser otro que la vinculación directa del cargo con el hecho delictivo. Así lo abona también un análisis sistemático de la cuestión en conjunción con una interpretación teleológica.

(b) Previsibilidad metodológica

Se examina aquí que la decisión judicial no infrinja las leyes de la lógica y resulte fundada en modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, siendo relevante como elemento de contraste las tesis interpretativas mantenidas de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia. Un apartamiento de esa posición no implica necesariamente una vulneración del art. 25.1 CE, pero precisará una motivación más detallada para justificar que con ello no se incurre en imprevisibilidad.

Es cierto que, como ponen de relieve las resoluciones impugnadas y se valora en la ponencia, la pena de inhabilitación especial puede ser una pena principal o una pena accesoria, y que solo en este segundo caso hay una previsión específica (art. 56.1.2 CP) de que el empleo o cargo público haya tenido “relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esa vinculación”. Pero una interpretación sistemática que integre este precepto con el art. 42 CP, que define el contenido de la pena de inhabilitación especial, con los delitos en los que está prevista como pena principal y los supuestos en que opera como pena accesoria, lleva a un entendimiento distinto del que se sostiene en la sentencia de la que discrepo. El significado de la previsión específica del art. 56.1.3 CP ha de buscarse en su naturaleza de pena accesoria que acompaña a una pena principal de prisión inferior a diez años, que puede tener su origen en cualquier delito, de modo que, dada su gravedad, solo tiene sentido como accesoria si el empleo o cargo público tiene relación directa con el delito cometido, por lo que obliga al intérprete a justificar la conexión entre el delito y el cargo. Esta conexión va de suyo, sin embargo, cuando se trata de ilícitos en los que se prevé la concreta inhabilitación especial para empleo o cargo público como pena principal, única o junto a otras, como dispone el art. 410 CP, bien por la cualidad de autoridad o funcionario público del sujeto activo, bien porque el ejercicio del empleo o cargo público ha sido decisivo para la comisión del delito. Aquí en particular el legislador ha apreciado una conexión estructural entre el tipo penal y la actuación de la autoridad o funcionario en ejercicio de su empleo o cargo, vínculo que justifica la inhabilitación. En ambos casos, como pena principal y como pena accesoria, esta conexión justifica la legitimidad de la pena, que tiene la función de privar al sujeto del cargo que le permitió cometer el delito, cumpliendo finalidades de inocuidad, pero también retributivas y preventivo generales.

Considero, en suma, que la indeterminación legal del alcance de la pena solo supera el test de previsibilidad si su aplicación se orienta por criterios materiales razonables y estables, en concreto, por el que circunscribe la pena al cargo de cuyas funciones se abusa al cometer el delito. Entiendo que no puede oponerse a esta interpretación sistemática que atiende a los fines de la institución y su carácter penal la previsión del art. 6.2 b) LOREG. No solo porque la ley electoral no incorpora una previsión punitiva para el delito de desobediencia, como es obvio, sino porque su finalidad es muy distinta a la de la legislación penal: el diseño de un procedimiento que garantice el ejercicio del derecho de sufragio en plena libertad, como indica el preámbulo de la ley. En ese marco y con ese objetivo se sitúa la regulación del derecho de sufragio pasivo en el capítulo II del Título Primero, que inaugura el citado art. 6. El delito de desobediencia por el que se condena al recurrente, sin embargo, es un delito contra la Administración Pública, que como

tal sirve a la tutela de su adecuado funcionamiento al servicio de los ciudadanos. No es misión del precepto garantizar una cierta “probidad” de los candidatos en el sentido en que parece entenderse la previsión del art. 6.2 b) LOREG en las resoluciones impugnadas y por la mayoría, sino sancionar justificada y proporcionadamente la actividad desarrollada por un funcionario o autoridad que, en el ejercicio de su cargo, se niega a cumplir las órdenes. Se compartan o no las razones a las que se anuda la causa de inelegibilidad del art. 6.2. b) LOREG, cuando se trata de fijar la respuesta a un ilícito penal, la desconexión entre la privación del cargo de diputado y el delito no puede resolverse con una llamada sin más al mantenimiento de la honorabilidad de quienes desempeñan funciones públicas representativas.

La exigencia de vinculación directa entre el delito y el alcance de la inhabilitación especial en todo caso, aun cuando solo se requiera expresamente en el art. 56.1.3 CP, es una línea jurisprudencial asentada y, en lo que alcanzo, la opinión doctrinal mayoritaria. Es, incluso, la posición que sostiene la sentencia de la que discrepo en un momento anterior, cuando señala que “no resulta ajeno a las pautas axiológicas comúnmente aceptadas que la gravedad intrínseca de las conductas descritas y la cualidad del sujeto activo determine que se considere socialmente adecuado, necesario y proporcionado que una persona no siga ostentando el cargo, empleo u oficio *desde el que se cometió el hecho delictivo*” (FJ 7.6.3.1, cursivas añadidas). Otra cuestión es que esa conexión se entienda en términos funcionales y por referencia al cargo en su globalidad o que sean varios los cargos o empleos públicos que guarden conexión con el delito. Y otra, en fin, que a partir de la identificación del cargo o cargos de que se priva se fije aquellos que no pueden obtenerse durante el tiempo de la condena: los mismos y otros análogos. Opera aquí el método de la analogía, lo que obliga a establecer el criterio a partir del cual afirmar la identidad de razón entre el cargo del que se priva y aquel cuyo acceso se impide.

Me parece ilustrativa de esta línea la STS 597/2014, de 30 de julio, FJ 5º, citada por el recurrente, en la que se condena a un alcalde por prevaricación administrativa y se limita la inhabilitación especial a privarle de ese cargo e impedirle obtener cualquier otro de naturaleza electiva que implique funciones de gobierno, excluyendo las funciones legislativas como análogas. Literalmente sobre el alcance de la pena privativa de derechos del art. 42 CP dice: “En esta materia rige evidentemente el principio de legalidad penal y no es posible extender el contenido de la pena más allá de los estrictos términos del mismo. Además, es preciso tener en cuenta el contenido de la pena de inhabilitación absoluta que se fija en el artículo precedente. Por ello, en cuanto al primer inciso [privación definitiva] no puede recaer en otro empleo o cargo

público que aquél en cuyo desempeño se comete el delito, si bien hemos admitido que no se trata de la función específica dentro del organigrama administrativo sino de la que corresponde con carácter general en el seno del mismo, y por ello nuestros pronunciamientos a este respecto, en el ámbito local, contienen la mención de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva. En segundo lugar, en cuanto al segundo inciso del artículo 42 CP la expresión ‘otros análogos’, en aras del principio de legalidad, debe tener como referencia obligada la función desempeñada y el origen o título que habilita para ello a la autoridad o funcionario, en la medida que el primero se refiere también a los cargos electivos. Por ello no se desborda el límite de la extensión de la pena cuando se considera análoga la desarrollada en otros ámbitos de la administración como pueden ser el insular, autonómico o estatal, referida a las funciones de gobierno en el presente caso. Sin embargo, no debe alcanzar a otras funciones, como la legislativa, porque no sería análoga a las de gobierno, aun cuando sean electivas”. La sentencia de la que disiento sostiene que se trata de un supuesto sustancialmente distinto al del recurrente, diferencia que no alcanzo a comprender, sobre todo cuando se admite como pertinente la alusión a la STS 259/2015, de 30 de abril, también relativa a una condena por prevaricación a un cargo gubernativo (consejero autonómico) que se extiende a la condición de diputado.

En suma, una interpretación sistemática y teleológica conforme con el tenor literal de la norma limita el cargo del que debe privarse al que se ejerce cuando se comete el delito y, fijado este, la incapacidad para obtener el mismo se extiende también a otros análogos a él. Esa analogía implica una identidad de razón o fundamento, que apela al desempeño de funciones semejantes a las que se realizaban en el cargo o empleo público del que se privó al sujeto por su instrumentalización para la comisión del delito.

(c) Previsibilidad axiológica

Una aplicación de la norma penal dentro de su tenor literal puede ser, sin embargo, contraria a principios y valores constitucionales, lo que habitualmente se examina con una consideración en términos de proporcionalidad. Aunque es un criterio menos evidente que los anteriores y tiene contornos menos precisos en la doctrina constitucional, en esencia supone que la interpretación y aplicación del tipo penal puede ser desproporcionada en sus consecuencias punitivas o en sus efectos para el ejercicio de otros derechos fundamentales, afectando al art. 25.1 CE al tiempo que a otros derechos (señaladamente la libertad en caso de penas privativas de la misma y los derechos cuyo ejercicio pueda ser desalentado por la respuesta penal - STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22-).

En el presente caso los valores constitucionales concernidos atañen al derecho al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE), en especial el representativo. A mi juicio, resulta decisivo en este punto traer los argumentos esgrimidos en la sentencia para descartar la vulneración de los derechos a la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política alegada por el recurrente. Frente a la vinculación de la exhibición de la pancarta y de otros símbolos con su condición de diputado que aduce, se opone la desconexión con el derecho de representación política y la actividad parlamentaria. Se dice así que “los requerimientos de la JEC no fueron dirigidos al recurrente en su condición de persona física, ni siquiera en su condición de responsable político o de representante parlamentario, sino en su condición de presidente de la Generalitat. El recurrente fue condenado por no dar el debido cumplimiento a los requerimientos que, en su condición de máximo responsable del uso y gestión de los edificios de dominio público de la Comunidad Autónoma de Cataluña, le fueron emitidos por el órgano encargado de hacer cumplir el principio de neutralidad impuesto a todos los poderes públicos durante un proceso electoral, evitando la utilización de símbolos partidistas en unos edificios públicos que deben estar al servicio de todos los ciudadanos, conforme a la normativa vigente, que todo responsable público debe observar. En consecuencia, tal y como razonan las resoluciones impugnadas, la condena penal no pudo vulnerar sus derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica y a la representación política, porque su conducta fue realizada al margen del ejercicio de estos derechos. Por lo tanto, no se ‘ha de producir un efecto disuasorio de su legítimo ejercicio futuro a través de los cauces constitucional y legalmente establecidos’ [STC 170/2021, de 7 de octubre (FJ 8)]” (FJ 7.5.1.3).

Poco puede añadirse a estas afirmaciones para resaltar la radical falta de relación entre la condición de diputado autonómico y la conducta típica de desobediencia, y la incidencia en los derechos fundamentales vinculados a ese cargo parlamentario que tiene no ya la condena por desobediencia sino la privación del cargo representativo como contenido de la pena. Como he insistido, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y respete los modelos de argumentación al uso, sino que la razonabilidad axiológica demanda que la interpretación y aplicación sea respetuosa con el reconocimiento constitucional del derecho implicado para evitar ser imprevisible para su destinatario (STC 104/2011, de 20 de junio FJ 9).

2.1.2. Extensión imprevisible de la pena de inhabilitación especial

Desde las consideraciones efectuadas, la extensión de la pena de inhabilitación especial a la que se condena al demandante se revela lesiva del derecho a la legalidad penal.

(i) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia se limita a afirmar que el alcance de la inhabilitación especial será para cargo público electivo y para el ejercicio de funciones de gobierno, ambos en todos los ámbitos. La sala de enjuiciamiento no precisa los concretos cargos de que se priva, sino que apela a una referencia general que, a lo sumo, puede servir para señalar los cargos de cuyo acceso ulterior se incapacita. No distingue entre los dos incisos del art. 42 CP ni explica la amplitud de incluir todos los cargos electivos y todas las funciones de gobierno, contraria a la determinación de la conexión del cargo con el delito en una visión funcional como la que defiende la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

(ii) La Sentencia del Tribunal Supremo sí contiene una argumentación extensa en la que acoge la función raíz como elemento de conexión y defiende la semejanza entre las funciones ejecutivas y de gobierno con las de integrante del poder legislativo, con base en (a) la previsión del art. 6.2 b) LOREG como “argumento para establecer analogías entre cargos y empleos” y (b) la motivación de la STS 259/2015 sobre la extensión de la inhabilitación especial del ámbito gubernativo al legislativo: no es necesaria la vinculación directa con el delito cuando es pena principal y la extensión a los cargos legislativos se orienta a evitar que el condenado cometa delitos en el otro cargo fruto directo o indirecto de una elecciones políticas, por la burla que supone para los ciudadanos otra solución.

Tampoco esta argumentación respeta el art. 25.1 CE por incurrir en una aplicación analógica donde la ley no prevé la analogía (en la determinación del cargo de que se priva al que alude el inciso primero del art. 42 CP). Con el añadido de que no resulta convincente la razón de la semejanza o similitud entre el cargo gubernativo y el legislativo, que se asienta en su carácter electivo. Pero lo relevante en el asunto es que el delito de desobediencia se justifica en el deber de neutralidad que corresponde al presidente de la Generalitat como cabeza del ejecutivo, máximo responsable del uso y gestión de los edificios de dominio público de la Comunidad Autónoma, que se opone a los argumentos de la defensa sobre el ejercicio de las libertades de expresión e ideológica en su calidad de diputado. La condición de parlamentario autonómico resulta ajena por completo a ese deber de neutralidad y entronca justamente con la representación y defensa de una ideología a través de la más amplia libertad de expresión (arts. 23, 16, 20 y 1.1 CE). En tales coordenadas resulta imposible establecer la identidad de razón entre el cargo/función gubernativa y el cargo/función legislativa.

(iii) No puede compartirse el razonamiento de la mayoría que avala la “razonabilidad” del alcance atribuido a la pena de inhabilitación especial. Insiste para ello en la diferencia entre el art. 42 CP y el art. 56 CP, de donde infiere que no es precisa la relación directa, si bien sostiene

luego que sí existe esa relación con el cargo de diputado, que se apoya en el carácter electivo del presidente y en que su actuación se produjo en el marco de un proceso electoral. Tampoco me parecen convincentes estos argumentos. La identidad de razón, según concibe la jurisprudencia unánime (también las resoluciones impugnadas), debe ser funcional y no por el modo de acceso al cargo, y viene desmentida en el caso por el hecho de que la posición de presidente de la Generalitat que determina la condena (su deber de neutralidad vinculado a una suerte de posición de garante sobre el respeto a las normas en el marco de la institución que preside) es totalmente ajena a su condición de diputado e incompatible con el ejercicio del art. 23.2 CE que implica. Por otro lado, el mantenimiento de la condición de parlamentario en absoluto permite que el demandante pueda volver a ser miembro del ejecutivo, pues lo que no se pone en duda es la inhabilitación especial para todo tipo de función gubernativa. Por último, resulta inasumible el argumento de que la analogía se debe a la común naturaleza de todos los cargos derivada de su fuente democrática de legitimación puesta en relación con el contexto de un proceso electoral y el mandato de neutralidad. De nuevo se trata de un razonamiento incompatible con la posición constitucional del parlamentario, que en ningún momento se ha ponderado en la decisión.

2.1.3. Conclusión

Aunque muchos de los argumentos expresados rozan la actividad interpretativa de las normas penales propia de la legalidad ordinaria, es su conjunción, como expresé en la deliberación, la que pone de manifiesto que la pena a la que se ha condenado al recurrente resulta imprevisible desde la perspectiva del art 25.1 CE y, por ello, supone una aplicación inconstitucional del art. 410 CP en relación con el art. 42 CP. Se parte de una comprensión del art. 42 CP que desconoce su tenor literal y no respeta la comprensión mayoritaria asentada en la interpretación sistemática y teleológica de las normas penales concernidas, con el añadido de defenderse a partir de argumentos que desconocen el estatus constitucional del parlamentario, con una interpretación que lo lesiona.

2.2. Dudas de constitucionalidad del 42 CP desde la perspectiva del principio de proporcionalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

Al margen de la concreta aplicación efectuada por los órganos judiciales de la pena de inhabilitación especial, la propia previsión legal del art. 42 CP plantea dudas de constitucionalidad, en particular, en su proyección a los cargos públicos de representación política autonómicos, en tanto no permite una modulación de la respuesta punitiva,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

extraordinariamente aflictiva en estos casos, que permita atender a los requerimientos del principio de proporcionalidad.

En este punto me remito al voto particular del vicepresidente Sr. Xiol, que suscribo.

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil veintidós.