



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

**Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 4586-2020.**

Con el máximo respeto a mis compañeros del Tribunal, reflejo en este voto particular la posición que defendí en la deliberación de este recurso sobre la conveniencia, conforme al art. 55.2, en relación con el art. 35 LOTC, de haber abierto el trámite para el eventual planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad respecto de parte del contenido del art. 42 CP por las dudas fundadas que me suscita 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).

*I. La invocación de la vulneración del principio de proporcionalidad por el art. 42 CP en la demanda de amparo.*

1. El demandante de amparo, que ha sido condenado a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público por un tiempo de un año y seis meses en la sentencia impugnada en el presente recurso de amparo, alega como uno de los motivos de amparo en el apartado 7.1 de su demanda “la inconstitucionalidad del artículo 42 del Código Penal por vulneración del principio de proporcionalidad”. Afirma que la imposición obligatoria de la pérdida definitiva del cargo público establecida en dicho precepto como uno de los efectos de esta pena de inhabilitación especial “resulta contraria a la Constitución” y que, en el caso concreto, su imposición resulta completamente desproporcionada, ya que no se prevé legislativamente una posibilidad de modulación de este efecto de la pérdida definitiva del cargo.

El demandante de amparo hace un desarrollo argumental de esta invocación con reproducción de un trabajo doctrinal de José Luis Manzanares Samaniego del año 2002 en el que, tras citar la STC 136/1999, de 20 de julio, en que se incluyó el principio de proporcionalidad penal como una de las garantías del principio de legalidad (art. 25.1 CE), se afirma que la vulneración de este principio por el art. 42 CP se produce porque su efecto de privación definitiva del cargo público no admite aminoración alguna impidiendo con ello aportar soluciones intermedias y adaptadas a las circunstancias concretas del hecho.

2. La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia da respuesta a esta cuestión en el FJ 7.6.3.1 haciendo un importante esfuerzo argumental en sustentar tanto la carencia de una base sólida para cuestionar la constitucionalidad del art. 42 CP como de la relevancia de su cuestionamiento en el contexto del presente recurso de amparo.

La carencia de una base sólida para el cuestionamiento de la constitucionalidad del precepto es fundamentada por la posición mayoritaria en el amplio margen que ha reconocido la jurisprudencia constitucional al legislador para que decida los bienes objeto de protección penal, las conductas reprochables y el tipo, cuantía y duración de la respuesta punitiva. A partir de ello, se afirma que, si bien la imposición de la pena de inhabilitación prevista en el art. 42 CP implica siempre la pérdida definitiva del cargo público que se ostenta en el momento de cometer el hecho y no está sometida a modulación alguna, es el propio legislador el que ha realizado la ponderación sobre la proporcionalidad de esta respuesta penológica en el momento de atribuirla a determinadas conductas y no a otras.

Por otra parte, en cuanto a la relevancia del cuestionamiento en el caso particular de la imposición de esta pena al delito de desobediencia del art. 410 CP, aplicado al demandante de amparo, se afirma que no se considera desproporcionado que una norma penal prevea la pérdida de un cargo público como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo en el ejercicio de ese cargo público por elementales principios de prevención general y especial.

3. Considero que estas razones no consiguen, hasta el límite de hacer innecesaria la apertura del trámite tendente a valorar el eventual planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad, despejar las dudas que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad penal suscita el efecto automático e infectible de la pérdida definitiva del cargo público establecido en el art. 42 CP en los términos que plantean el demandante de amparo y también parte de la doctrina penal española. Tampoco aprecio que se dé razón suficiente para entender que un eventual cuestionamiento en este procedimiento de amparo no solo supera el juicio de aplicabilidad –no es controvertido que el alcance de la pérdida definitiva de los cargos públicos establecida en las sentencias impugnadas deriva de la aplicación del art. 42 CP- sino el de relevancia, pues entiendo que no cabría excluir el carácter determinante de un pronunciamiento sobre su constitucionalidad para el supuesto suscitado en el presente recurso de amparo.

A los efectos de exponer las reflexiones que sobre el particular defendí en la deliberación de este recurso, me extenderé sobre lo que considero que es una adecuada lectura de la jurisprudencia constitucional y del TJUE sobre el principio de proporcionalidad penal para, posteriormente, poner de manifiesto tanto las razones en la que se sustentan mis dudas sobre la posible constitucionalidad del precepto como sobre su relevancia y carácter determinante en el contexto de este recurso de amparo.

*II. La jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad como mandato del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) dirigido al legislador.*

4. La jurisprudencia constitucional abordó la cuestión del principio de proporcionalidad como mandato del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) dirigido al legislador penal en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23. En esa resolución se destacan dos aspectos relevantes como posición de principio referidos al eventual control de constitucionalidad a ejercer en esta materia: (i) El amplio margen de libertad del legislador penal para la configuración de los tipos y la cuantificación de las penas producto de un complejo juicio de oportunidad; y (ii) la limitación del control de constitucionalidad en esta materia a la verificación de que no se produzca un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho, destacando, a estos efectos, que se debe indagar sobre (a) si los fines de protección de la norma penal son relevantes; (b) si la medida era idónea y necesaria para alcanzar esos fines de protección, por no ser manifiestamente suficientes medios alternativos; y (c) si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

5. No obstante, como ya puse de manifiesto en los votos particulares conjuntos formulados a las SSTC 91/2021, 106/2021, 121/2021, 122/2021 y 184/2021, en los supuestos en que se invoca este principio resulta necesario profundizar en el análisis de su configuración en la jurisprudencia constitucional, en la que cabe apreciar hasta dos corrientes o posiciones en convivencia simultánea, que se pueden concretar del siguiente modo:

(i) La inicial posición del Tribunal respecto de la eventual existencia de un principio de proporcionalidad penal estaba presidida por dos ideas fundamentales: (a) negar su conformación como una garantía reconocida en alguno de los derechos fundamentales alegables en amparo,

especialmente en el art. 25.1 CE; y (b) ubicar de manera residual los supuestos de desproporción penal evidente en la configuración de los tipos penales como actuaciones legislativas contrarias a los principios de justicia (art. 1.1 CE) y de respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) con una posibilidad de control de constitucionalidad muy debilitada y excepcional.

En ese sentido, la STC 65/1986, de 22 de mayo, afirmaba que “en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. [...] Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito” (FJ 3). En relación con ello, en el fundamento jurídico 2, se hacía una consideración general sobre que “el principio de proporcionalidad de la pena pueda considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10)”. En consolidación de esta posición acudieron las SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6, y 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.

Estos pronunciamientos son los que se han asentado en relación con las invocaciones del principio de proporcionalidad sancionadora en el ámbito del derecho administrativo sancionador [así, por ejemplo, ATC 145/2015, de 10 de septiembre, FJ 4, o STC 13/2021, de 28 de enero, FJ 5 b)], sin duda por la imposibilidad de que en estos casos exista una vinculación de la proporcionalidad penal con una eventual limitación del derecho a la privación de libertad.

(ii) La anterior posición jurisprudencial sufrió un importante giro con la STC 55/1996, de 28 de marzo, que aborda el principio de proporcionalidad penal, aun pretendiendo mantener una cierta línea continuista, desde una perspectiva completamente diferente caracterizada por los tres criterios siguientes: (a) el principio de proporcionalidad no es un canon autónomo; (b) el principio de proporcionalidad penal está conectado con el principio general de proporcionalidad vinculado a los derechos fundamentales; y (c) la fundamentación del principio de proporcionalidad penal se integra por la relación con la eventual restricción de derechos fundamentales en que pueda consistir la conducta sancionada o, más claramente, con la consecuencia jurídica de privación de libertad que implica, pero con un reconocimiento natural en el art. 25.1 CE, lo que permite hacer

operativo y normalizado un control de constitucionalidad también en vía de amparo de este principio.

Así, cabe destacar, respecto del criterio (a), la afirmación en la STC 55/1996 de que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. [...] Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad” (FJ 3).

Respecto de los criterios (b) y (c), la afirmación más destacada en la STC 55/1996 es que “el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales [...]. Esta es, pues, la perspectiva de enjuiciamiento que debemos adoptar aquí, analizando si la sanción establecida por el legislador entraña un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad ideológica y de libertad personal, derecho este último que invocado en el contexto de penas de privación de libertad remite naturalmente al art. 25.1 CE” (FJ 3). De ese modo, en esta resolución se analiza el cuestionamiento del entonces delito de insumisión —negativa a cumplir el servicio social sustitutorio al servicio militar— por falta de proporcionalidad penal, abordando tanto la restricción que podía suponer de la libertad ideológica (FJ 5), como especialmente y de manera muy extensa el derecho a la libertad aplicando el test general de proporcionalidad en su dimensión de finalidad perseguida por la sanción (FJ 7), necesidad de la sanción penal (FJ 8) y adecuación cuantitativa de la pena (FJ 9).

Esta posición jurisprudencial tuvo una inmediata proyección en la STC 136/1999, de 20 de julio, que es el único supuesto en que hasta ahora se ha estimado un recurso de amparo por vulneración del principio de proporcionalidad penal en la configuración legislativa de un tipo penal, y fue seguida posteriormente en el análisis de constitucionalidad de las invocaciones de falta de proporcionalidad penal en relación con los diversos delitos de violencia de género (así,

por ejemplo, AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre; o SSTC 99/2008, de 24 de julio; 45/2009, de 19 de febrero; 127/2009, de 26 de mayo, o 60/2010, de 7 de octubre).

6. Por su parte, la STC 136/1999, en atención al precedente de la STC 55/1996, desarrolla dos criterios centrales que conforman parte de la posición del Tribunal respecto del principio de proporcionalidad penal en la configuración legislativa de los tipos penales y que son de interés para la resolución del presente recurso de amparo:

(i) La STC 136/1999, como planteamiento central y a los efectos de establecer el encaje constitucional del principio de proporcionalidad penal —en aquel caso en relación con el delito de colaboración con banda armada—, asume los planteamientos de la STC 55/1996 y subraya que dicho principio está vinculado tanto a la restricción que puede suponer el tipo penal de determinados derechos fundamentales por la conducta sancionada como a la restricción que supone la imposición de una pena privativa de libertad (o, en este caso, de una pena privativa de derechos) y, por tanto, que ambos aspectos pueden ser objeto de análisis en vía de amparo bajo la invocación del art. 25.1 CE en relación con los derechos fundamentales sustantivos concernidos.

Así, en la STC 136/1999 se afirma que “en materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). En esta materia, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes —y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal—, la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 CE) —cuando, como es ahora el caso, la pena sea privativa de libertad— al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) (SSTC 55/1996, 161/1997, 61/1998), sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida. En el presente caso la pretendida desproporción afectaría, pues, como hemos avanzado, al art. 25.1 CE en su relación con la libertad personal (art. 17 CE) y con las libertades de expresión y de información del art. 20 CE y la de participación en los asuntos públicos del art. 23 CE” (FJ 22).

(ii) La STC 136/1999 hizo radicar la inconstitucionalidad de la configuración legislativa del delito de colaboración con banda armada desde la perspectiva de la cuantificación de la pena considerando los tres aspectos siguientes: (a) la conducta típica, si bien no suponía una limitación desproporcionada de los derechos a la libertad de información, expresión o participación política, sí se mueve en la órbita de dichos derechos por lo que establecer una penas elevadas puede implicar un efecto desaliento respecto de su ejercicio; (b) ese efecto desaliento puede verse potenciado en los casos en que, aunque el tipo penal no infrinja la taxatividad, sí use conceptos indeterminados que generen más incertidumbre; y (c) es precisa algún tipo de previsión legal que permita atemperar la sanción penal para adecuar su cuantificación a este tipo de supuestos.

7. Respecto del aspecto (a), la STC 136/1999 afirma que “hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos. En suma, aun admitiendo la legitimidad del recurso a la vía penal, la pena no puede proyectarse con la dureza que el tipo previene sobre la universalidad de los componentes del órgano dirigente de una asociación política que, si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos” [FJ 29 c)].

Respecto del aspecto (b), la STC 136/1999 afirma que “finalmente debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos” [FJ 29 d)].

Respecto del aspecto (c), la STC 136/1999 afirma que “el precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados ‘actos de colaboración’ con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar” (FJ 30).

*III. La jurisprudencia comunitaria sobre el principio de proporcionalidad como mandato del principio de legalidad sancionadora (art. 49.3 CDFUE) dirigido al legislador.*

8. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de proporcionalidad penal resulta de especial interés tomando en consideración que el art. 49.3 CDFUE reconoce este principio como una garantía autónoma dentro del derecho a la legalidad penal, al establecer que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”. A esos efectos, los aspectos centrales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el particular son las siguientes:

(i) Se trata de un principio penal autónomo e independiente con sustantividad propia (STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-384/17, § 40-45), conforme al cual las sanciones previstas en una normativa no deben exceder de lo que resulta necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por esa normativa y la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, garantizando un efecto realmente disuasorio (SSTJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-255/14, § 22-23; y de 11 de febrero de 2021, asunto C-77/20, § 37-38).

(ii) La proporcionalidad de una sanción debe valorarse tanto desde la perspectiva del sacrificio que supone la conducta tipificada para los derechos del potencial autor (STJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-64/18 y acumulados, § 42) como desde la perspectiva de la repercusión de la sanción en el ejercicio de derechos (STJUE de 11 de febrero de 2021, asunto C-77/20, § 54).

(iii) La determinación de que una sanción es desproporcionada se vincula también con la posibilidad otorgada por la normativa de aminoraciones de responsabilidad o sustituibilidad de las sanciones (STJUE 12 de septiembre de 2019, asunto C-64/18 y acumulados, § 42-47).

(iv) La proporcionalidad penal exige que se individualice el grado de responsabilidad del sujeto cuando actúa en conjunción con otros responsables en atención a su contribución al hecho (STGUE de 15 de julio de 2015, asunto T-418/10, § 411-413).

*IV. La aplicación de estos criterios jurisprudenciales sobre la proporcionalidad penal a la previsión del art. 42 CP: las dudas fundadas sobre su constitucionalidad.*

9. El principio de proporcionalidad, como se ha expuesto, es una garantía autónoma del derecho a la legalidad sancionadora que establece un mandato al legislador que incide en dos aspectos diferentes. Por un lado, la configuración del presupuesto de hecho de la norma sancionadora, respecto de la que el legislador tiene la obligación de ponderar el sacrificio que supone la conducta tipificada para los derechos fundamentales del potencial autor, en evitación de que se restrinja su ejercicio mediante la disuasión que supone su tipificación como un ilícito sancionable. Por otro, la configuración de la consecuencia jurídica de la norma sancionadora, respecto de la que el legislador tiene la obligación de ponderar el sacrificio que supone la pena prevista para una conducta tipificada como un ilícito penal en el ejercicio de los derechos afectados por la naturaleza de la sanción a imponer.

En el presente caso, las dudas sobre el nivel de cumplimiento del mandato de proporcionalidad penal no radican en la configuración legislativa del delito de desobediencia del art. 410 CP aplicado al demandante de amparo, sino en la configuración legislativa de una de las consecuencias jurídicas previstas para la comisión de ese ilícito, que es la pena de inhabilitación

especial para empleo o cargo público uno de cuyos efectos es la pérdida definitiva del cargo público que se ostente en el momento de la firmeza de la condena.

10. El contenido de esta pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público está determinado en el art. 42 CP e implica una doble consecuencia: (i) “la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos”; y (ii) “la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En todo caso en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”.

Esta pena, en lo que se refiere a su efecto automático de privación del cargo público –sea o no electivo–, supone una injerencia en el derecho de acceso a los cargos públicos del art. 23.2 CE que, además, no permite al aplicador del derecho adecuar la gravedad de las infracciones que castiga por la ausencia de una regulación legal que posibilite aminoraciones de responsabilidad o sustituibilidad de esta sanción lo que podría plantear dudas fundadas de que incurriera en una vulneración del principio de proporcionalidad penal.

En efecto, esta sanción permite una adecuación a la gravedad del ilícito cometido a través de la tradicional técnica legislativa de que se establece por el legislador (i) una duración temporal diferente dependiendo de la importancia del interés protegido por el delito y (ii) un marco temporal que permite individualizar la pena en función de las concretas circunstancias concurrentes en la comisión del delito. Sin embargo, tiene un contenido aflictivo autónomo e independiente de ese marco temporal, como es el ya citado de la privación definitiva del cargo público, que permite sustentar dudas fundadas de constitucionalidad por falta de proporcionalidad en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

Estas dudas de constitucionalidad, en los términos que se desarrollarán a continuación, se fundamentan en que (i) la ineludibilidad de la privación definitiva del cargo público está propiciada por la ausencia de una regulación legal que permita ponderar el efecto radical que supone para el art. 23.2 CE respecto de cualquier circunstancia concurrente en el hecho; (ii) la diferente, y más grave, incidencia que tiene en los supuestos de cargos públicos de representación política por la imposibilidad de la aplicación de la institución de la rehabilitación, que sí resultaría de aplicación, en su caso a determinados cargos públicos no representativos; y (iii) la ausencia de mecanismos institucionales previos para el caso de los cargos públicos de representación

política autonómicos de posible control del efecto de la ineludibilidad de la privación definitiva del cargo mediante el suplicatorio, que sí resulta de aplicación, por ejemplo, a los cargos públicos de representación política estatal y europea.

11. La ausencia de cualquier tipo de previsión legislativa que permita eludir el automatismo del efecto de privación definitiva del cargo público del art. 42 CP con independencia de las circunstancias concurrentes en la conducta típica cuando se impone como pena principal:

El Código penal establece que una de las penas privativas de derechos es la inhabilitación especial para empleo o cargo público [art. 39.b)], que tiene una duración de tres meses a veinte años (art. 40.2). Esta pena tiene la consideración de pena accesoria a imponer con las penas de prisión inferiores a diez años (art. 56 CP), pero también de pena principal, cuando es impuesta específicamente por la ley por la comisión de un concreto delito.

Los casos en que el Código Penal ha establecido esta pena como principal abarca una gran pluralidad de conductas que, si bien en algunos casos estas desconectadas de la condición del autor como funcionario o autoridad pública, suelen vincularse con la concurrencia de la circunstancia agravatoria de que el autor de un delito común ostente la condición de autoridad o funcionario público y, sobre todo, con los delitos especiales cometidos por autoridad o funcionario público. Por otra parte, esta pena puede aparecer como pena principal única, pero, más frecuentemente, va acompañada de una pena de otra naturaleza, bien sea una pena privativa de libertad o, en caso de inferior gravedad, de multa.

En este contexto normativo, cabe hacer las siguientes reflexiones sobre las dudas de constitucionalidad del efecto automático de la privación definitiva del empleo o cargo público previsto en el art. 42 CP desde la perspectiva de la falta de previsiones legislativas moduladoras de la responsabilidad penal:

(i) La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, cuando está prevista legalmente como una pena accesoria para las penas de prisión inferiores a diez años (art. 56.1.3º CP), a pesar de mantener el efecto automático de pérdida definitiva del cargo público establecido en el art. 42 CP, considero que no suscita dudas fundadas de constitucionalidad, ya que incluye determinadas previsiones legislativas que, si bien no permiten modular ese efecto automático de

la pérdida definitiva del cargo público, sin embargo, sí permiten eludir la aplicación misma de esta pena de inhabilitación especial como pena accesoria.

En efecto, (a) el art. 56.1 CP determina que es imperativo imponer alguna o algunas de las penas accesorias, pero no establece la obligatoriedad de la aplicación de esta pena de inhabilitación especial, sino que permite la opción por la pena de suspensión de empleo o cargo público o la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que no implican el efecto penal directo de la privación del cargo público (arts. 43 y 44 CP); (b) el art. 56.1 CP establece que la elección de la pena accesoria a imponer lo será “atendiendo a la gravedad del delito”; y (c) el art. 56.1.3º CP, al establecer entre las penas accesorias la de inhabilitación para empleo o cargo público, lo hace en conjunción con otras penas de inhabilitación especial -profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad-, disponiendo que su imposición queda condicionada a que “estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”.

(ii) Esta pena de inhabilitación especial, cuando está prevista legalmente como única pena principal es de imposición obligatoria y, con independencia de su extensión temporal, tiene como consecuencia inmediata y automática, de conformidad con lo previsto en el art. 42 CP, la privación definitiva del cargo. Por tanto, en estos casos el efecto de la pérdida del cargo público es ineludible sin posibilidad de ponderación alguna por parte del aplicador jurídico.

(iii) Esta pena de inhabilitación especial, cuando está prevista legislativamente como pena principal de aplicación conjunta con una pena de otra naturaleza nunca lo es de manera alternativa. Esto es, no se prevé legislativamente la posibilidad de que el aplicador del derecho, para adecuar la respuesta penal al hecho cometido, pueda optar por cualquiera de las penas principales sino que debe imponerlas acumuladamente. Ello implica que, al igual que en los casos en que se establece como pena principal única, no hay manera de que el aplicador jurídico eluda el efecto automático previsto en el art. 42 CP de la privación definitiva del cargo público, con independencia de la extensión temporal de la inhabilitación ni de que concurra con una pena de otra naturaleza.

(iv) El automatismo de la privación definitiva del cargo no cabe ser eludido ni modulado por parte de los operadores jurídicos incluso en los caso de concurrencia de circunstancias que legislativamente están consideradas como individualizadoras o atemperadoras de la responsabilidad penal –atenuantes, eximentes incompletas, grado de participación, incompleta ejecución, etc.-. Estas solo se pueden proyectar sobre la extensión temporal de esta pena de inhabilitación pero nunca sobre el efecto de la privación definitiva del cargo. Es más, al tratarse de una pena diferente a la pena de prisión, la aplicación del art. 71.1 CP determina que en los eventuales casos en que la extensión temporal de esta pena de inhabilitación pudiera rebajarse del mínimo legal de tres meses por el juego de las circunstancias concurrentes en el hecho, ese límite temporal no resulta un tope mínimo que permita tampoco su sustitución por una pena de otra naturaleza, por lo que, en cualquier caso, tampoco cabe eludir en estos supuestos el efecto automático de la privación del cargo público.

(v) La normativa penal tampoco ha previsto la posibilidad de aplicar, en fase de ejecución de esta pena de inhabilitación especial, ningún tipo de suspensión o sustitución, que quedan reservadas para las penas privativas de libertad.

(vi) La regulación legislativa establece como única posibilidad para eludir el efecto de la privación del cargo previsto en el art. 42 CP su remisión o conmutación mediante el ejercicio de la gracia de indulto.

(vii) Como ahora se expondrá, aunque no sea en el contexto de la normativa penal, existen diversas instituciones jurídicas que acaso pudieran permitir una cierta modulación de los efectos automáticos de la privación del cargo público del art. 42 CP en el ejercicio del derecho del art. 23.2 CE, como son, en el ámbito administrativo, la rehabilitación y en el ámbito constitucional, la inmunidad procesal de determinados cargos públicos representativos. No obstante, estas instituciones tienen un diferente alcance según la naturaleza del cargo público afectado y no se extienden a la generalidad de los supuestos, resultando especialmente afectados los cargos públicos de representación política autonómicos, por lo que su eventual efecto modulador no permite despejar las dudas fundadas de constitucionalidad respecto de todos los supuestos en que esta pena está prevista con carácter principal de manera única o conjunta.

12. La especial incidencia de la ineludibilidad de la privación definitivo del cargo público del art. 42 CP en los casos de cargos públicos representativos:

La pérdida definitiva del empleo o cargo público, si bien con carácter general incide en el derecho de acceso a los cargos públicos previstos en el art. 23.2 CE, tiene un diferente alcance, más incisivo, para los cargos públicos representativos que respecto del resto de cargos públicos, por las razones siguientes:

(i) Determinados cargos públicos no representativos a los que se priva de manera definitiva de empleo por aplicación del art. 42 CP tiene la posibilidad legalmente establecida de su rehabilitación inmediata transcurrido el plazo de cumplimiento tal como sucede con los funcionarios, de conformidad con lo establecido en el art. 68 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, desarrollado en el ámbito estatal por el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado, al igual que se hace respecto de los funcionarios autonómicos en las normativas de cada Comunidad Autónoma.

Por el contrario, los cargos públicos representativos, a pesar de que el plazo de cumplimiento resulte inferior en una proporción muy importante a lo que duraría el cargo para el que fueron elegidos, no tienen posibilidad de rehabilitación mientras hubiera durado el mandato sino que deben esperar, en su caso, a concurrir en subsiguientes procesos electorales. Esto es, la pena de inhabilitación especial para cargo público electivo, incluso en una cuantía mínima, que podría llegar a ser inferior a los tres meses por el juego de las circunstancias individualizadoras de la responsabilidad penal, determina indefectiblemente y sin posibilidad de ponderación de ninguna circunstancia de ningún tipo por parte del aplicador del derecho que un cargo público representativo con un mandato, por ejemplo, de cuatro años, se vea privado definitivamente de dicho cargo electivo.

(ii) La pérdida ineludible del cargo público representativo no solo tiene un efecto directo en el derecho fundamental de representación política reconocido en el art. 23.2 CE, sino que, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, también tiene una proyección sobre el derecho de los ciudadanos a participar a través de la institución de la representación en los asuntos públicos reconocido en el art. 23.1 CE, con el que está íntimamente relacionado.

A esos efectos, la STC 76/2021, de 15 de abril, FJ 4, ponía de manifiesto que los derechos de los arts. 23.1 y 23.2 CE “conjuntamente, encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3). Esa conexión íntima entre ambos no puede desconocerse a la hora de interpretarlos, pues los dos derechos ‘son aspectos indisolubles de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto’ (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). Se trata de dos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, que presentan una estrecha relación con el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5), lo que no significa, a pesar de su interdependencia, que no sean susceptibles de tratamiento autónomo, tal y como permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos efectúa el art. 23 CE (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3)”.

A lo que se añadía que “es importante destacar el sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder, que obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, ‘solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos’ (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). La última palabra la tiene, pues, el cuerpo electoral, a partir de cuya voluntad, expresada en la elección, nace la representación. Así lo reconocimos en la STC 10/1983, FJ 4, precisando que ‘las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge solo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta [...]. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral’. Se atisba, de esta manera, una mayor subordinación del derecho al sufragio pasivo respecto del derecho que consagra el art. 23.1 CE, que lo va a hacer depender, en último término, del conjunto del cuerpo electoral y de su voluntad expresada en el proceso electoral” (STC 76/2021, de 15 de abril, FJ 4).

13. La ineludibilidad de la privación definitiva del cargo público del art. 42 CP en los casos de cargos públicos representativos de carácter autonómico no se ve compensada con la institución de la inmunidad parlamentaria:

La pérdida ineludible del cargo público electivo como consecuencia de la aplicación del art. 42 CE adquiere una singular dimensión en el caso de los diputados autonómicos. La pérdida de un cargo público representativo de carácter nacional o europeo como consecuencia directa de los efectos derivados de una condena penal en que resulte de aplicación el art. 42 CP cuenta con un elemento esencial de salvaguarda de la injerencia que ello puede suponer en el art. 23.2 CE mediante la inmunidad procesal en materia penal, que exige la previa autorización de la cámara respectiva para la persecución penal (suplicatorio) de diputados y senadores, conforme a lo previsto en el art. 71.2 CE, y la de diputados del Parlamento Europeo en el art. 9 del Protocolo (núm, 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea anexo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la dimensión institucional de esta 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 123/2001 y 124/2001, de 4 de junio).

Por el contrario, al regular las inmunidades procesales de sus parlamentarios, ninguno de los estatutos de autonomía ha 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 sujeción de estos cargos públicos representativos al proceso penal sin necesidad de suplicatorio y, llegado el caso, a que se imponga una pena de inhabilitación especial para cargo público que implique ineludiblemente la pérdida de dicho cargo. Por tanto, tampoco por esta vía institucional cabe establecer un cierto control frente a la ineludibilidad de la privación del cargo público de representación político autonómico.

14. En conclusión, en los términos establecidos en la jurisprudencia constitucional y en la del TJUE, la concreta previsión establecida en el art. 42 CP de que un efecto automático de la pena de inhabilitación especial para cargo público es la pérdida indefectible del mismo me sigue suscitando dudas fundadas sobre una posible vulneración 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 menos cuando se establece como una pena principal –única o conjunta- en ausencia de una previsión legislativa que posibilite eludir ese efecto para aportar una respuesta que permita ponderar, en atención a las circunstancias de todo tipo que puedan concurrir en el hecho sancionado, la incidencia que tendría en el art. 23.2 CE, especialmente en lo concerniente a los cargos públicos representativos autonómicos.

*V. La proyección de las dudas fundadas de la constitucionalidad del art. 42 CP a la condena del demandante de amparo: la relevancia de su cuestionamiento para este recurso de amparo.*

15. La necesidad de la apertura del trámite para el eventual planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad respecto del art. 42 CP en el contexto del presente recurso de amparo por las dudas fundadas sobre su constitucionalidad 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), quedaría vinculada no solo a las consideraciones abstractas expuestas anteriormente sino también a la presencia de concretas circunstancias en este recurso de amparo que no permiten excluir la relevancia, llegado el caso, de un régimen de modulación en la indefectibilidad de la privación del cargo público, por las razones que se exponen a continuación.

16. La gravedad del tipo penal de desobediencia (art. 410 CP) desde la perspectiva de la imposición de la pena de inhabilitación especial para cargo público:

Los únicos delitos que tiene prevista la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público como pena principal, de manera única o conjunta con otra, en su forma menos grave con un límite mínimo de seis meses, que es la que se impone para el delito de desobediencia del art. 410 CP, son los siguientes: (i) El delito de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), castigado con esta inhabilitación por tiempo de seis meses a dos años; (ii) el delito de desobediencia (art. 410), castigado con una pena de multa de tres a doce meses y esta inhabilitación por tiempo de seis meses a dos años; (iii) el delito de negativa a juzgar, sin alegar cusa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley por juez o magistrado (art. 448), castigado con esta pena de inhabilitación por tiempo de seis meses a cuatro años; (iv) el delito cometido por juez o magistrado, autoridad o funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional (art. 509), castigado con la pena de multa de tres a diez meses y esta inhabilitación por tiempo de seis meses a un año; y (v) el delito de entrega por parte de un juez o magistrado de una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, que ilegalmente se la reclame (art. 529.1), castigado con esta pena de inhabilitación por tiempo de seis meses a dos años.

Por tanto, desde la perspectiva de la extensión temporal de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público, el delito de desobediencia del art. 410 CP aplicado al demandante de amparo es uno de los ilícitos que menos gravedad tiene en la valoración abstracta realizada por el legislador penal. Esta circunstancia permite inducir que la eventual existencia de un régimen normativo modulador de la indefectibilidad de la privación del cargo público –por ejemplo, la posibilidad de suspensión o sustitución paralela a la prevista para las penas privativas de libertad- tuviera aplicación, entre otros delitos, al de desobediencia del 410 CP.

17. La conexión de la conducta objeto de condena por desobediencia con la normativa electoral y su discontinuidad penológica con su eventual consideración como un ilícito administrativo en materia electoral:

El hecho objeto de la condena del demandante de amparo por un delito de desobediencia se ha producido en el contexto de la aplicación de la normativa electoral por su renuencia, en la condición de máximo responsable de los edificios públicos autonómicos como Presidente de la



Generalidad de Cataluña, a cumplir una decisión de la Junta Electoral Central dictada en protección del principio de neutralidad electoral.

En ese sentido, la ilicitud del hecho, de haber carecido la conducta de la gravedad suficiente para ser considerada un delito de desobediencia, hubiera podido tener un eventual encaje entre las infracciones electorales previstas en el art. 153.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Este precepto determina que toda infracción de las normas obligatorias establecidas en su normativa que no constituya delito será sancionada con una multa de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios.

La lógica normativa establece que dentro del ejercicio del *ius puniendi* estatal, la relación entre la potestad sancionadora administrativa y la penal mantengan una relación de progresión en cuanto a las conductas sancionadas. De ese modo, allí donde se produce el límite mínimo de ilicitud penal debe comenzar la ilicitud administrativa para evitar situaciones de impunidad. En coherencia con ello, si existe una continuidad entre ambas ilicitudes, las consecuencias jurídicas asociadas a la misma, para mantener una debida proporcionalidad entre ilicitud y sanción, también deben respetar ese principio de continuidad en evitación de que conductas con una ilicitud muy próxima –o, el menos, en relación de progresión- provoquen saltos muy significativos de penalidad. En el presente caso la normativa sancionadora administrativa electoral y la penal respetan en su diseño legislativo esa coherencia en la determinación de la pena de multa, ya que, sin perjuicio de la muy diferente naturaleza entre el sistema penal de día-multa y el sistema sancionador administrativo de multas, permiten una adecuación de la pena de multa impuesta a la gravedad de la conducta. Sin embargo, la indefectibilidad de la privación del cargo público en la normativa penal –y no solo su suspensión temporal- sin posibilidad alguna de modulación bien en la calificación del hecho bien en su fase de ejecución determina que, en comparación con la eventual calificación del hecho como una infracción administrativa, persistan dudas sobre su proporcionalidad.

Por tanto, desde la exclusiva perspectiva de la privación del cargo público establecido en el art. 42 CP, la ineludibilidad de su imposición sin posibilidad de modulación supone un salto cualitativo en la relación de continuidad con la infracción administrativa electoral que tampoco permite despejar las dudas que suscita el debido cumplimiento de la exigencia de proporcionalidad penal de que, en los términos enunciados por el art. 49.3 CDFUE, “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

18. El límite temporal de la pena de inhabilitación especial para cargo público impuesta al demandante de amparo tiene una extensión inferior al periodo del cargo público representativo del que ha sido privado:

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, tanto en la extensión prevista en abstracto para el delito de desobediencia del art. 410 CP por el que ha sido condenado el recurrente, que es de seis meses a dos años, como en la extensión en concreto impuesta por las resoluciones impugnadas, que es de un año y seis meses, es inferior a la del mandato para el que había resultado elegido. En unas circunstancias como estas, el efecto de la privación definitiva de este cargo no deriva de la extensión temporal impuesta, ni siquiera en abstracto, sino, exclusivamente, de la expresa previsión establecida en el art. 42 CP que establece como efecto ineludible de esta pena de inhabilitación, con independencia de su extensión temporal, esa pérdida del cargo público.

Por tanto, tampoco cabría excluir, desde esta perspectiva, que la eventual existencia de un régimen normativo modulador de la indefectibilidad de la privación del cargo público –por ejemplo, la posibilidad de suspensión o sustitución paralela a la prevista para las penas privativas de libertad- tuviera aplicación, entre otros supuestos, para aquellos que, como es el caso analizado en este recurso de amparo, la pena de inhabilitación prevista en abstracto o concretamente impuesta resulte inferior a la del mandato representativo del que se priva al condenado.

19. La pena de inhabilitación especial para cargo público impuesta al demandante de amparo recae sobre un cargo público representativo:

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuesta al demandante de amparo se singularizó en las resoluciones impugnadas, por un lado, al “ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo”; y, por otro al “desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado”. Ello determinó que el demandante de amparo se viera privado en la sentencia condenatoria de los cargos que entonces ostentaba de diputado del Parlamento de Cataluña y de Presidente de la Generalidad.

En los términos desarrollados anteriormente, la circunstancia de que la pérdida del cargo recaiga sobre un cargo público representativo plantea, desde la perspectiva de la injerencia que ello supone en el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), dos cuestiones adicionales: (i) la condición de cargo público representativo frente a la de cualquier otro cargo público implica que la injerencia en el art. 23.2 CE se vea reforzada por la conexión directa que tiene este derecho fundamental con el del art. 23.1 CE en los casos en que se ve afectada la dimensión del mantenimiento en su ejercicio del cargo público representativo y, en última instancia, el propio principio de la democracia representativa básico en el sistema constitucional; y (ii) la única institución que en estos casos puede ofrecer una cierta modulación de efectos frente a esta injerencia es, para algunos de los cargos públicos representativos, la inmunidad frente a su sometimiento a proceso penal mediante el suplicatorio, ya que no se cuenta con otro tipo de previsiones normativas como la de la rehabilitación establecida para determinados cargos públicos no representativos.

Por tanto, tampoco cabría excluir, desde esta perspectiva, que la eventual existencia de un régimen normativo modulador de la indefectibilidad de la privación del cargo público –por ejemplo, la posibilidad de suspensión o sustitución paralela a la prevista para las penas privativas de libertad- tuviera aplicación, entre otros supuestos, para aquellos que, como es el caso analizado en este recurso de amparo, la indefectibilidad de la pérdida del cargo público recaiga sobre un cargo público representativo en el que las necesidades de ponderación pudieran resultar singulares por la mayor incidencia en intereses constitucionales.

En relación con esta cuestión, no me resulta posible entrar ahora a analizar si, en atención al tenor literal del art. 42 CP, el efecto de la pérdida definitiva del cargo público debió quedar limitado a aquel en cuyo contexto se cometió el hecho sancionado –Presidente de la Generalidad- y no proyectarse a la condición de diputado del Parlamento de Cataluña, habida cuenta de que en la regulación de este concreto efecto no se incluye, en contraste con la expresa previsión de ese mismo art. 42 CP, que la pérdida del cargo público pueda extenderse a “otros análogos”. Es una cuestión que considero que tampoco parece resuelta de una manera suficientemente convincente a la luz de los concluyentes argumentos expuestos en el voto particular formulado por el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel. No obstante, al ser un aspecto que ya no afectaría a una eventual lesión del principio de proporcionalidad penal imputable al legislador penal, que es el objeto en que el que me he querido concentrar en este voto particular, no me parece adecuado extenderme sobre él.

20. La pena de inhabilitación especial para cargo público impuesta al demandante de amparo recae sobre un cargo público representativo autonómico:

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuesta al demandante de amparo, si bien se singularizó en las resoluciones impugnadas en el ejercicio de cargos públicos electivos de ámbito local, autonómico, estatal o europeo y de desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, se materializó en la privación definitiva de cargos públicos representativos de carácter autonómico.

En los términos desarrollados anteriormente, la circunstancia de que la pérdida del cargo recaiga sobre un cargo público representativo autonómico plantea, desde la perspectiva de la injerencia que ello supone en el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), la cuestión adicional, frente a la del resto de cargos públicos representativos, de que no cuenta en su favor con la modulación de efectos ante esta injerencia que supone para algunos de los cargos públicos representativos la inmunidad respecto de un eventual sometimiento a proceso penal mediante el suplicatorio. En el ámbito autonómico, incluido el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, no se ha desarrollado ninguna previsión normativa a semejanza de la prevista para los cargos públicos representativos estatales y europeos.

Por tanto, tampoco cabría excluir, desde esta perspectiva, que la eventual existencia de un régimen normativo modulador de la indefectibilidad de la privación del cargo público –por ejemplo, la posibilidad de suspensión o sustitución paralela a la prevista para las penas privativas de libertad- tuviera aplicación, entre otros supuestos, para aquellos que, como es el caso analizado en este recurso de amparo, la indefectibilidad de la pérdida del cargo público recaiga sobre un cargo público representativo autonómico que no cuenta en su favor con la eventual modulación de efectos que podría propiciar la institución del suplicatorio.

## *VI. Conclusión*

21. Las razones expuestas con anterioridad considero que permiten sustentar la existencia de dudas fundadas sobre la constitucionalidad del efecto de la pérdida definitiva del empleo o cargo público prevista en el art. 42 CP en su aplicación a determinados ilícitos penales, desde el



perspectiva de principio de proporcionalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

Las circunstancias concurrentes en la situación en que ha sido aplicado dicho precepto al demandante de amparo, en los términos ya desarrollados, también entiendo que no permiten excluir que sea una de las situaciones en que una eventual declaración de inconstitucionalidad pudiera resultar relevante para la resolución del recurso de amparo.

Por tanto, tal como defendí en la deliberación, no me parecía inadecuado que el Pleno hubiera abierto el trámite previsto en los arts. 35 y siguientes LOTC en relación con el planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad, aunque lo fuera de manera muy limitada y ajustada a las circunstancias del caso, relativa a si la previsión de la ineludibilidad de la privación del cargo público prevista en el art. 42 CP, como consecuencia de la imposición de una pena principal de inhabilitación especial para cargo público prevista en el art. 410.1 CP, vulnera el principio de proporcionalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), habida cuenta de que no se establece legislativamente ninguna posibilidad de modulación o ponderación por parte del aplicador del derecho a pesar de que recaiga sobre un cargo público representativo, por lo que también está afectado el art. 23.1 CE, autonómico, por lo que no cuenta con la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria frente a un procesamiento penal, y que se impone por la comisión de un delito que tanto en abstracto como en su aplicación concreta al caso tiene una extensión inferior a la duración del mandato para el que ha sido elegido.

Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil veintidós.