

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido formulo el presente voto particular concurrente.

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.