

LA SUSPENSIÓN DE LA INVESTIDURA DEL CANDIDATO A PRESIDENTE EN PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN Y ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 23/2020, DE 13 DE FEBRERO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 3807-2018. (BOE NÚM. 59, DE 9 DE MARZO DE 2020)

SUSPENSION OF INVESTITURE SITTING DUE TO PROVISIONAL IMPRISONMENT OF A CANDIDATE FOR PRESIDENT VS. REPRESENTATION AND RIGHT TO ACCESS TO PUBLIC OFFICE. COMMENTARY ON THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 23/2020, OF FEBRUARY 13. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM. 3807-2018. (BOE NUM. 59, OF MARCH 9, 2020)

Sara SIEIRA MUCIENTES
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-0595-6832>

RESUMEN

La sentencia supone una contribución adicional en la jurisprudencia del derecho al acceso a cargos públicos del artículo 23.2 de la CE y un buen resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el enjuiciamiento de la prisión provisional del candidato a presidente como límite al ejercicio del derecho de representación política y confirma la doctrina de la presencia física e intermediación del candidato en la sesión de investidura, imprescindible para preservar la correcta formación de la voluntad de la cámara llamada a otorgarle su confianza, que impide la realización de una investidura por medios telemáticos. No obstante, tras la necesaria adaptación de los procedimientos parlamentarios de nuestro entorno a la situación provocada por el COVID-19, podrá ampliarse la jurisprudencia respecto de otros actos parlamentarios no presenciales.

Palabras clave: investidura, presidente, comunidad autónoma, prisión provisional, principio de proporcionalidad, ponderación, representación política, derecho de acceso a los cargos públicos, inviolabilidad, suspensión

de la sesión, independencia de Cataluña, investidura telemática, actos parlamentarios no presenciales, COVID-19.

Artículos clave: art. 23 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 155/2019, de 28 de noviembre; 4/2020, de 15 de enero; 37/2020, de 25 de febrero; 19/2019, de 12 de febrero, y 45/2019, de 27 de marzo; ATC 5/2018, de 27 de enero, y 6/2020, de 30 de enero, y Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre.

ABSTRACT

The present judgment is an additional contribution to the jurisprudence on the right to access to public office of article 23.2 of the Spanish Constitution, summarizing Spanish Constitutional Court doctrine in relation to the analysis of provisional imprisonment as a limit to the right of public representation related to a candidate to the Presidency of an Autonomous Community. Additionally, it confirms the physical presence of the candidate and “face to face” procedure of investiture in order to provide the conditions for the correct Chamber’s judgement, which means a ban on telematic investitures. Nevertheless, after the necessary accommodation of the parliamentary procedures to the arisen COVID-19 situation, maybe the Spanish Constitutional Court will be, in the future, in a position to broaden the jurisprudence on telematic parliamentary acts in general.

Keywords: investiture, president, Autonomous Community, provisional imprisonment, proportionality principle, balancing process, political representation, right to access public office, immunity, suspension of the sitting, Catalanian independence, telematic investiture, non-presence parliamentary acts, COVID-19.

Key articles: art. 23 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 155/2019, of November 28, 4/2020, of January 15, 37/2020, of February 25, 19/2019, of February 12, 45/2019, of March 27; Constitutional Court Judgments on challenge procedure for self-governing communities’ provisions and resolutions ATC 5/2018, of January 27 and 6/2018, of January 30 and Criminal Chamber of the Supreme Court no. 459/2019, of October 14, 2019.

I. ANTECEDENTES

A raíz de la celebración del referéndum relativo a la independencia unilateral de Cataluña respecto del Estado de 1 de octubre de 2017, se inició un proceso penal contra los líderes del proceso independentista catalán por los delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia, dictándose contra ellos diversas medidas cautelares. Ello determinó que, en el caso concreto de Puigdemont, Sánchez i Picanyol y Turull, habiendo sido proclamados candidatos a la Presidencia de la Generalitat de Cataluña, el primero, encontrándose en el extranjero para no comparecer ante la Justicia; el segundo, hasta en dos ocasiones, estando en prisión provisional, y, el tercero, estando en libertad bajo fianza, la autoridad judicial no autorizase su presencia (física o por medios telemáticos) en la sesión plenaria de su investidura, que, en consecuencia, fue suspendida.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional dispuso la prisión provisional comunicada y sin fianza para Junqueras, Forn y Sánchez i Picanyol, por Auto de 16 de octubre de 2017, resultando esta medida cautelar confirmada por el magistrado instructor de la causa ante el Tribunal Supremo, por Auto de 4 de diciembre, confirmado por Auto de 5 de enero de 2018 de la Sala de Recursos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS). Tras las elecciones convocadas en aplicación del artículo 155 de la CE, el presidente del Parlamento de Cataluña propuso como candidato para la investidura a Puigdemont, anterior presidente de la Generalitat, investigado en la misma causa especial que el resto de los líderes del *procés* y que se encontraba fuera del territorio nacional. Se convocó la sesión de investidura el 30 de enero de 2018, mediante Resoluciones de 22 y 25 de enero de 2018, las cuales fueron impugnadas por el Gobierno por la vía del artículo 161.2 de la CE (y cautelarmente suspendidas mediante ATC 5/2018, de 27 de enero, que fue declarado inmediatamente ejecutivo y ratificado poco después por ATC 6/2018, de 30 de enero), dando lugar a la STC 19/2019, de 19 de marzo, que las declaró inconstitucionales y nulas, pues el candidato, huido de la justicia, no podía comparecer personalmente ante la Cámara para exponer su programa político y obtener la confianza de

esta, perspectiva que se impuso también en la STC 45/2019, de 27 de marzo, en la que se declaró, a instancia del presidente del Gobierno, la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, en cuanto preveía que el Pleno pudiese autorizar una investidura telemática a las reuniones telemáticas, sin contemplar estas con carácter excepcional y tasado.

Ante la imposibilidad de investir a Puigdemont, el 6 de marzo, Sànchez fue propuesto como candidato a la Presidencia de la Generalitat, por lo que ese mismo día solicitó de nuevo su libertad provisional y, subsidiariamente, que se le otorgase un permiso penitenciario para acudir a su sesión de investidura convocada el 12 de marzo, petición que fue denegada por Auto de 9 de marzo de 2018, confirmado por Auto de 17 de abril de 2018. Entonces Sànchez se dirigió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas denunciando la negativa judicial a autorizar su participación en el debate de investidura. El Comité, el 23 de marzo de 2018, solicitó al Reino de España que adoptase todas las medidas necesarias para asegurar que el Sr. Sànchez i Picanyol pudiera ejercer sus derechos políticos de conformidad con el art. 25 del PIDCP, mientras la denuncia se resolvía, especificando que ello no significaba la admisión de la queja ni una anticipación de la decisión sobre el fondo. Por otra parte, los Autos de 9 de marzo y de 17 de abril fueron recurridos por Sànchez en amparo, dando lugar a la STC 4/2020, de 15 de enero, desestimatoria.

Ante la imposibilidad de esta investidura y tras la renuncia de Sànchez a su candidatura, el 21 de marzo de 2018 el presidente del Parlamento propuso como candidato a la Presidencia de la Generalitat a Turull, convocando sesión plenaria para el debate de investidura el 22 de marzo. Turull, investigado en la misma causa especial, estaba en libertad bajo fianza. El día anterior a dicha sesión, el 21 de marzo, se dictó auto de procesamiento contra Turull. El 22 se celebró el debate, Turull tuvo ocasión de exponer su programa y se produjo la primera votación, sin que arrojase una mayoría absoluta en favor del candidato, por lo que procedía efectuar una segunda votación que quedó convocada para el día 24. Pero el día antes, por Auto de 23 de marzo, el magistrado instructor acordó la prisión provisional

comunicada y sin fianza de Turull. El pleno del Parlament se constituyó el 24 de marzo, siendo suspendido al inicio por encontrarse el candidato en prisión provisional. El 28 de marzo Turull recurrió en apelación el auto de prisión del 23, por vulneración de su derecho de participación política al haberse privado de libertad a un candidato propuesto a la Presidencia en mitad del proceso de investidura, que fue desestimado el 17 de mayo de 2018 por la Sala de Recursos del Tribunal Supremo. Agotada la vía previa, Turull interpuso recurso de amparo contra dichos autos que se resolvió en sentido desestimatorio, por STC 37/2020, de 25 de febrero.

Por segunda vez, el día 9 de abril de 2018, fue propuesto Sànchez como candidato a la Presidencia de la Generalitat, volviendo al día siguiente a solicitar su libertad provisional o, subsidiariamente, que se le otorgase permiso penitenciario para acudir al pleno de investidura, o bien se le autorizase a participar en él mediante videoconferencia, ofreciéndose a desplazarse, a tal efecto, al lugar determinado por el instructor. Mediante Auto de 12 de abril de 2018, fueron nuevamente denegadas dichas peticiones, y, en consecuencia, fue asimismo suspendida la sesión del Pleno del Parlamento. Apelada la decisión, fue confirmada el 18 de junio de 2018. Ambos autos, de 12 de abril y 18 de junio, fueron recurridos en amparo dando lugar a la presente STC 23/2020, de 13 de febrero, cuyo comentario se aborda en estas páginas.

II. COMENTARIO

La STC 23/2020 constituye un buen exponente de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho de participación política y de acceso a los cargos públicos para la relevante función representativa y ejecutiva de presidir una comunidad autónoma (artículo 23.2 de la Constitución) cuando este derecho fundamental de configuración legal entra en conflicto con el interés constitucionalmente relevante que persigue la prisión provisional impuesta sobre el candidato como medida cautelar, en este caso, para conjurar el peligro de reiteración delictiva (art. 503 LECrim).

1. Requisitos de admisibilidad

1.1. Invocación temprana y agotamiento de la vía previa

Al tratarse de un amparo directo contra resoluciones judiciales, el artículo 44 de la LOTC precisa el agotamiento de la vía previa e invocación temprana del derecho fundamental vulnerado. El partido político VOX, personado en la causa, alegaba no haberse interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones *ex art.* 241 de la LOPJ, frente al auto confirmatorio de 18 de junio. El Alto Tribunal, con cita de las SSTC 50/2019, de 9 de abril, FJ 2 a) y 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 4, señala que, tras el agotamiento de la cadena de recursos, ya no es necesario que el recurrente reitere la queja a través de un incidente de nulidad. Entiende, asimismo, la STC 23/2020 cumplida también la previa invocación del derecho del art. 23 CE, que se hizo valer como motivo de apelación de la decisión inicial denegatoria del 12 de abril.

En cambio, la alegada vulneración del derecho a un juez imparcial, vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), por la utilización por parte del instructor, al referir los hechos imputados, de expresiones como *la estrategia que sufrimos* (en el FJ 5 del Auto de 12 de abril de 2018), y que el demandante considera que exteriorizan un juicio previo sobre su culpabilidad, al presentarse como *víctima de los hechos que investiga*, no cumple con el carácter subsidiario del amparo, puesto que no se intentó previamente la recusación del magistrado instructor, incidente que, además, hubiera podido plantearse en sucesivas instancias en virtud del art. 228.3 de la LOPJ (SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, FFJJ 6 y 7).

1.2. La especial trascendencia constitucional

En relación con el requisito exigido por el art. 49.1 de la LOTC, el Alto Tribunal se remite al análisis efectuado en las SSTC 155/2019 (FJ 20) y 3 y 4/2020 (FJ 4) (García de Enterría, 2020). La *conexión mediata entre el contenido del derecho de representación política parlamentaria y la previsión legal de permisos penitenciarios, dota objetivamente de especial trascendencia constitucional a la cuestión planteada en este recurso* (STC 4/2020, FJ 4). Por ello, se concluye en la STC 23/2020, FJ 2, que *la proporcionalidad de las decisiones*

denegatorias cuestionadas, o el hecho de que la privación cautelar de libertad que se cuestiona pueda suponer la vulneración de derechos de contenido político justifican, objetivamente [SSTC 143/2011, FJ 2, y 1/2019, FJ 2 c)], la especial trascendencia constitucional del presente recurso. En suma, la incidencia del mantenimiento de la prisión provisional sobre el derecho fundamental de representación política debe ser valorada por el juzgador caso a caso, aplicando el principio de proporcionalidad en función de las circunstancias concurrentes.

2. *Metodología del análisis de la argumentación jurídica (I). Fin legítimo: la prisión provisional como límite al derecho de acceso a los cargos públicos, versus inviolabilidad parlamentaria*

De acuerdo con lo establecido en la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6, el derecho a acceder, mantenerse y desempeñar los cargos públicos representativos no es incondicionado o absoluto, sino que *es, por el contrario, un derecho delimitado en su contenido, tanto por su naturaleza como por su función*. El legislador puede regularlo e imponer limitaciones y restricciones a su ejercicio, y también los órganos judiciales. Sin embargo, en este último caso, la jurisprudencia constitucional exige que *los límites o restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales han de estar previstas por la ley, han de responder a un fin constitucionalmente legítimo, han de ser adoptadas mediante resolución judicial especialmente motivada, y, en fin, no han de manifestarse desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por ellas* (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 11/2006, de 16 de enero, FJ 2, y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 7).

Respecto del fin legítimo, se viene a confirmar la doctrina, establecida en la STC 4/2020, de 15 de enero, FFJJ 4 a 6, cuyo precedente se encuentra en la STC 3/2020, de 15 de enero, ya que la solicitud de autorización para asistir a la sesión de investidura relativa a esta segunda ocasión se produjo un mes después de la petición que motivó aquellas sentencias. En ellas se concluyó (García de Enterría, 2020) que el derecho de representación política del parlamentario electo no constituye, en sí mismo, obstáculo alguno para la imposición y mantenimiento de la prisión provisional, cuando se dan las condiciones constitucionales y legales que la hacen legítima, con

cita de la STEDH de 20 de noviembre de 2018, asunto Selahattin Demirtas c. Turquía, § 231. Por tanto, las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente proceso de amparo no son fuente directa de las limitaciones de los derechos fundamentales invocados, sino que estas derivan de una previa y legítima situación de prisión provisional, para evitar el riesgo de reiteración delictiva, como finalidad legítima, legal y expresamente prevista.

El recurrente oponía a tal razonamiento que la concurrencia de riesgo de reiteración delictiva, es *imposible «física o constitucionalmente»*, *dado que su eventual alocución ante la cámara está protegida por la inviolabilidad parlamentaria*. El Tribunal Supremo considera la inviolabilidad como causa de exclusión de la antijuridicidad, lo que coincide con el concepto francés de irresponsabilidad o inmunidad de fondo (Cantos, 2017: 223). Pues bien, puesto que la inviolabilidad cubre todas aquellas actuaciones encaminadas a la lícita formación de la voluntad de la Cámara (STC 9/1990), esta alegación no fue, a mi juicio, suficientemente considerada por el Tribunal, ni en esta sentencia ni en ninguna de sus antecedentes, y tampoco los votos particulares se han detenido en esta cuestión. Las prerrogativas parlamentarias y, en concreto, la inviolabilidad, nacieron para proteger la libre discusión en el Parlamento como conformadora de la voluntad popular, pero hoy su justificación es más difícil porque *al Parlamento no se va a debatir y a buscar puntos de encuentro sino a explicar a la opinión pública la postura adoptada por el partido en cada cuestión* (Catalá, 2018: 5), y, además, *actualmente, hemos visto invocada la inviolabilidad como causa de justificación de la desobediencia a sentencias de los tribunales* (Lucas, 2020: 137). Por ello, el Tribunal Constitucional pierde aquí una significativa ocasión para verter una argumentación en la dirección que sí apuntará posteriormente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre (causa especial núm. 3/20907/2017), frente a la invocación de la inviolabilidad por parte de la que fuera presidenta del Parlament, Carme Forcadell: *El acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por el Tribunal Constitucional no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad (...) No existe barrera de protección*

frente al ejercicio de la acción penal cuando ésta se promueve por hechos delictivos que nada tienen que ver con el estatuto personal del parlamentario y con las prerrogativas que hacen posible la emisión de su voto en libertad.

3. Metodología del análisis de la argumentación jurídica (II). La especial motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos: el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, metodología cuyo origen se encuentra en el realismo jurídico norteamericano, constituye una técnica de control de los actos de los poderes públicos con incidencia en los derechos, para que, en definitiva, la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de aquellos, sino que se alcance un equilibrio mediante un proceso de ponderación en que se respeten tres principios sucesivos: i) Idoneidad: que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; ii) Necesidad: que la intervención sea imprescindible, en tanto no quepa una medida alternativa menos gravosa, y iii) Proporcionalidad en sentido estricto: que no comporte en ningún caso un sacrificio excesivo para el derecho en cuestión, o que no implique, *de facto*, su vaciamiento –es decir, en definitiva, que no implique el quebrantamiento del contenido esencial del derecho fundamental–.

La sentencia que comentamos se remite a su precedente inmediato, la STC 4/2020, que en su FJ 6 a) concluyó que *el magistrado instructor del Tribunal Supremo (...) ha considerado que la concesión del permiso extraordinario solicitado con la finalidad de asistir al pleno del Parlamento de Cataluña a exponer su programa de gobierno, debatirlo y someter a votación su propia investidura como presidente de la Generalitat, es incompatible con el objeto de la prisión provisional decretada, dada la necesidad de evitar una actualización del riesgo de reiteración delictiva* (García de Enterría, 2020). Esta apreciación fue confirmada por la Sala de Recursos del TS, que insistió en que lo determinante no era que el recurrente mantuviese su aspiración de que Cataluña alcanzase la independencia, sino *la perseverancia en el modo ilegal con el que ese designio se pretende lograr* (según recogió la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 3).

El *balancing process* (en la terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos) resultante entre derecho de representación política y prisión provisional por la aplicación del principio de proporcionalidad concluye, así, en la «incompatibilidad» entre la prisión provisional y el derecho de representación política. No lo vieron así, en cambio, los tres firmantes del voto particular de la STC 23/2020 (magistrados Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Balaguer Castejón), concordante con los existentes en las SSTC 155/2019, 3/2020 y 4/2020, para los que se hubiera considerado procedente estimar el recurso y anular las resoluciones judiciales impugnadas por no haber realizado un adecuado juicio de proporcionalidad, aunque ello no hubiera podido suponer más que el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, puesto que las sesiones parlamentarias de referencia ya habían sido celebradas. Argumentan que debiera haberse ponderado la posibilidad de adoptar cautelas adicionales de control en la conducción del demandante a la sede del Parlament, pues, en el momento en que el permiso se solicitaba, persistía aún la aplicación del art. 155 de la CE en Cataluña, por lo que *la competencia en materia de seguridad y orden público, en la que se residenciaba la responsabilidad última de que no se produjera ninguna otra conducta de reiteración delictiva que se intentaba prevenir denegando la salida del centro penitenciario solicitada, dependía de manera directa e incontrovertible del Gobierno de la Nación*. No existían, adicionalmente, con carácter previo a denegar la solicitud informes técnicos sobre la viabilidad o no de esa conducción, dando, sin más, *por supuesto que iban a producirse graves alteraciones de la convivencia ciudadana*, y sin considerar la posibilidad de revocación del desplazamiento si surgían indicios objetivos de una actualización del riesgo de reiteración delictiva.

Tampoco, a juicio de los magistrados que suscribieron el voto particular, aparecía clara la ponderación del factor de que el recurrente ya no estaba desempeñando su anterior cargo como máximo responsable de la Asamblea Nacional Catalana, ni existía ya en aquel momento una connivencia de dicha entidad con el Ejecutivo de Cataluña o con su Parlamento, por lo que el acto parlamentario para el que se solicitaba autorización no parece que resultara adecuado para la eventual reiteración de las conductas como presidente de la ANC por las que estaba siendo investigado.

4. *La sobrevenida prisión provisional del candidato a presidente tras el inicio de la sesión para su investidura: la STC 37/2020, de 25 de febrero*

Mención importante, en relación con la suspensión de una sesión parlamentaria de investidura de quien es sometido a una medida cautelar de prisión provisional acordada durante el desarrollo de dicha sesión, merece la STC 37/2020, de 25 de febrero, respecto de la candidatura de Turull, que estaba en libertad bajo fianza y fue propuesto como candidato el 21 de marzo de 2018 (su caso se ha explicado más arriba, en los antecedentes). La alegación principal se produjo en relación con la presunción de inocencia y la aplicación anticipada del art. 384 bis de la LECrim, puesto que aún no era firme su procesamiento por delito de rebelión¹. A este respecto, el demandante citó la referencia a una autorización precedente, que un tribunal penal había concedido en 1987 para que un preso preventivo investigado por delito de terrorismo pudiera defender su propia investidura en el Parlamento del País Vasco. El Tribunal Constitucional no considera dentro del ámbito de su jurisdicción el efectuar juicios de intenciones, entendiéndolo, no obstante, que la resolución del instructor está extensamente fundada como para resultar súbitamente improvisada el día en que fue dictada. Pero llama la atención que no se dedique ni una sola argumentación de la sentencia ni de los votos particulares (valoración que sí incluía la resolución judicial de instancia) a analizar el caso de Juan Carlos Yoldi, miembro de ETA en prisión preventiva, que solicitó y obtuvo un permiso penitenciario en 1987 para defender su candidatura a *lehendakari*, llegando a la sede del Parlamento Vasco mediante conducción policial. Este análisis es sin duda pertinente desde la óptica del principio de igualdad (artículo 14 de la CE) en relación con la necesaria modulación de la prisión provisional. En este sentido, hubiera resultado conveniente una comparativa entre los delitos que a Yoldi se le imputaban (pertenencia a banda armada y depósito de armas), que no era previsible poder reiterar, en el caso de este candidato a *lehendakari*, desde la tribuna de oradores del Parlamento, con los delitos imputados a Turull (rebelión, sedición), en relación

¹ La jurisprudencia en torno a la aplicación del 384 bis de la LECrim a los líderes del *procés* ha avanzado recientemente con la STC 97/2020, de 21 de julio.

con el posible contenido de su alocución parlamentaria en torno a la consecución de la independencia de Cataluña por una vía extrajurídica.

La STC 37/2020 (FJ 13) valoró *que el magistrado instructor permitió que el Parlamento de Cataluña habilite los instrumentos precisos para que los parlamentarios investigados que se encuentran en situación de prisión provisional, pudieran delegar su voto, si la mesa de la Cámara no encontraba motivo alguno para oponerse a ello (auto de 12 de enero de 2018)*, por lo que no cabe calificar de desproporcionada la injerencia de la prisión provisional en el derecho del art. 23.2 de la CE, ni argumentar que las resoluciones judiciales impugnadas no hayan satisfecho las exigencias ponderativas propias del art. 23.2 CE. En cambio, los tres magistrados firmantes del voto particular anteriormente citado consideraron que el contenido esencial del derecho de representación política no se respetó, sino que, por razones similares a las expuestas en su voto a la STC 23/2020, *las decisiones adoptadas por el magistrado-instructor y por la sala de recursos maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva a través del sometimiento a los recurrentes a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política de los recurrentes se veía anulado*. Consideraron que también, en este caso, hubiera debido estimarse el amparo y retrotraer las actuaciones para que la Sala de Recursos realizase una nueva valoración completando el juicio de proporcionalidad ponderando los elementos señalados, sin que la sentencia estimatoria que hubiera debido producirse pudiera ir más allá de una mera declaración del derecho conculcado, al haberse producido una resolución condenatoria (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre) que puso fin a la situación de libertad provisional².

5. La negativa a autorizar una sesión de investidura del candidato a presidente en prisión provisional por medios telemáticos

Con relación a esta cuestión planteada por Sánchez el 10 de abril de 2018, la STC 23/2020 en su FJ 5 se remite a su propia respues-

² Similares términos, tanto de motivación como en lo relativo al voto particular, pueden encontrarse en la STC 9/2020, de 28 de enero.

ta dada a Puigdemont en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, teniendo en cuenta que el Tribunal había acordado cautelarmente la suspensión de cualquier sesión de investidura que no fuera presencial (ATC 5/2018, de 27 de enero, que fue declarado inmediatamente ejecutivo, y fue ratificado poco después por ATC 6/2018, de 30 de enero), y a las SSTC 19/2019, de 12 de febrero, FFJJ 4 y 6, y 45/2019, de 27 de marzo, FJ 4, en las que se estableció que *la naturaleza parlamentaria del debate de investidura del presidente de la Generalitat, y la propia configuración del procedimiento para su designación, exigen que el candidato comparezca de forma presencial ante la cámara.* (...) «[1] a celebración de este debate en ausencia del candidato privaría a este procedimiento de los elementos necesarios para que pudiera cumplir su finalidad –aportar a la cámara elementos de juicio necesarios para que pueda valorar si el candidato merece o no su confianza, afectando, así, al correcto ejercicio de la función representativa, al derecho de los diputados a ejercer su cargo público y al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE (Martínez Santamaría, 2020).

III. CONCLUSIONES

Como primera conclusión práctica, cabe apuntar unas consideraciones sobre la suspensión de las sesiones plenarias de investidura en virtud de la prohibición contenida en el Auto del Tribunal Constitucional 5/2018. Pues bien, la suspensión de la sesión plenaria no se recoge en España en los reglamentos parlamentarios, pero sí es una institución típica y regulada en el Parlamento británico (Erskine May, 2019: parágrafo 17.20). No obstante, estamos ante una suspensión especial, en virtud de mandato judicial, lo que abre no pocos interrogantes. En el Parlamento de Cataluña, en la presente legislatura, existen sesiones que, una vez convocadas, han quedado indefinidamente suspendidas por imperativo del Tribunal Constitucional y no «levantadas», por lo que el orden del día no ha podido considerarse tramitado o cerrado para su ejecución. Ello no comportará consecuencia alguna al final de la legislatura, en que se dispone, en general, la caducidad de los trabajos parlamentarios, máxime si se tiene en cuenta que, dada la investidura del *president* Quim Torra, concluida

en el pleno del 11 y 14 de mayo de 2018 (BOPC n.º 75, de 11 de mayo), podrían considerarse decaídas las iniciativas anteriores. No obstante, imaginemos que dicha investidura no se hubiera producido y que la prisión provisional se hubiera levantado para alguno de los candidatos en el transcurso del plazo de cinco meses (art. 161.2 de la CE) en que el Tribunal Constitucional debía ratificar o levantar la suspensión de la primera sesión de investidura –que determinó, recordemos, la suspensión de las sucesivas que pretendiesen realizarse por medios telemáticos–. Creo que sería posible afirmar que la sesión, debidamente convocada en su momento, hubiera podido celebrarse hasta completar los procedimientos parlamentarios correspondientes a la investidura de un candidato ya no sujeto a medida cautelar alguna.

El Informe de los servicios jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los términos legales y estatutarios relativos a la investidura del presidente de la Generalitat de Cataluña, en relación con la suspensión de la sesión plenaria de 30 de enero de 2018, apunta una serie de claves interesantes en lo referente a esta suspensión cautelar impuesta por el Tribunal Constitucional en el tantas veces citado ATC 5/2018, de 27 de enero. Según este informe, dicha suspensión no puede considerarse, en virtud de la doctrina del acto equivalente del Dictamen 1985/2003, de 26 de junio, del Consejo de Estado, ni como una investidura fallida, ni como una primera votación sobre el candidato, a efectos de poner en marcha la cuenta atrás para la disolución anticipada del Parlamento (dos meses, a tenor del artículo 67.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). De hecho, considera el informe, dado que la suspensión cautelar a instancia del Gobierno de la convocatoria de la sesión plenaria del 30 de enero de 2018, para investir a Puigdemont –y de todas las investiduras que se pudieran producir telemáticamente en el futuro (Martínez Santamaría, 2020: 1)– debía ser, por imperativo constitucional, confirmada o levantada en el plazo máximo de cinco meses (161.2 de la CE), sostener que el plazo de dos meses para la disolución automática comenzase a contar a partir de la suspensión cautelar de la sesión plenaria por parte del Tribunal Constitucional perjudicaría irremediabilmente el derecho de participación política de todos los parlamentarios catalanes (art. 23 de la CE), por producir una disolución anticipada en un supuesto no previsto normativamente. Sin embargo, también, con buen criterio, el

informe plantea la solución de que, habida cuenta de que el bloqueo institucional por ausencia de candidato no puede prolongarse *sine die*, pueda corresponder al presidente del Parlamento, en tiempo prudencial, la función de declarar la imposibilidad de proponer un candidato que pueda suscitar la confianza de la Cámara, hipótesis, esta sí, según la mencionada doctrina del acto equivalente, válida para disolverla anticipadamente y convocar elecciones. Este es, de hecho, uno de los escenarios que se están barajando en el momento de escribir estas reflexiones, tras la inhabilitación del *president* Quim Torra por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 (Recuso de Casación 203/2020).

En otro orden de consideraciones, evidenciar la inconstitucionalidad de la suspensión de la sesión parlamentaria de investidura del candidato a presidente de una comunidad autónoma en prisión provisional, por no poderse encontrar acomodo al derecho de representación política en un permiso penitenciario o en el empleo de medios telemáticos, dada la importancia basilar que tiene dicho derecho en la configuración del Estado democrático, a mi juicio, hubiera exigido un mayor rigor argumental y una más cuidadosa aplicación del principio de proporcionalidad. Como señala el voto particular, ello no hubiera significado más allá de un reconocimiento testimonial del derecho conculcado; simplemente, se habría traducido en una nueva oportunidad para los órganos judiciales de instancia de ponderar aspectos que fueron pasados por alto y cuyo esclarecimiento hubiera contribuido a una más adecuada construcción de los límites del derecho de representación política en tan extremas circunstancias.

Finalmente, la prohibición de una investidura presidencial telemática no cierra el paso a la ampliación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de otros actos parlamentarios no presenciales, que han resultado ser numerosos, tanto en el Parlamento español como en el británico y en otros de nuestro entorno, a raíz de la pandemia del COVID-19 (Tudela Aranda, 2020). Ello ha comportado una suerte de matización de la función simbólica de la sede física del parlamento a la que se refiere la STC 19/2020, de 12 de febrero, FJ 5, como *lugar en el que el sujeto inmaterial que es el pueblo se hace presente ante la ciudadanía como unidad de imputación y se evidencia la centralidad de esta institución*. Dicha jurisprudencia, sin duda, profundizará en

el análisis de la excepción a la imprescindible presencialidad en el ejercicio de las funciones representativas en caso de fuerza mayor, sentada en el ATC 5/2018 y las SSTC 19/2019 y 45/2019.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CANTOS PADILLA, I. (2017). El estatuto del parlamentario en la Constitución francesa de 1958. Comentario y análisis comparativo con el estatuto del parlamentario español en el régimen constitucional de 1978. *Revista de Derecho Político*, 98, pp. 189-236.
- CATALÀ I BAS, A. (2018). La prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria de nuevo en la encrucijada: entre su reafirmación o su desvirtuación. *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, pp. 1-32.
- ERSKINE MAY, T. (2019). *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*. Recuperado de <https://erskinemay.parliament.uk>
- GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, A. (2020). La prisión provisional como límite del derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos. *Revista de las Cortes Generales*, 109, pp. 613-628.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2020). Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española. *Revista de las Cortes Generales*, 108, pp. 131-175.
- MARTÍNEZ SANTAMARÍA, P. (2019). Justicia preventiva ante riesgos constitucionales. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 5/2018, de 27 de enero. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018. (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018). *Revista de las Cortes Generales*, 107, pp. 575-590.
- MARTÍNEZ SANTAMARÍA, P. (2019). Las investiduras no presenciales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 12 de febrero. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018. (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019). *Revista de las Cortes Generales*, 107, pp. 561-573.
- SERVICIOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA. *Informe jurídico sobre los términos legales y estatutarios relativos a la investidura del Presidente de la Generalitat de Cataluña en relación con la suspensión de la sesión plenaria de 30 de enero de 2018* (inédito).
- TUDELA ARANDA, J. (ed.) (2020). El Parlamento ante la COVID-19. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, monografía 8. Recuperado de https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf