

LA INCIDENCIA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO FUNDAMENTAL AL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO Y OTRAS CUESTIONES. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 155/2019, DE 28 DE NOVIEMBRE, Y 11/2020 Y 12/2020, DE 28 DE ENERO. RECURSOS DE AMPARO NÚMS. 814-2018, 4855-2018 Y 5488-2018. (BOE NÚMS. 5, DE 6 DE ENERO DE 2020, Y 52, DE 29 DE FEBRERO DE 2020)

IMPACT OF THE PROVISIONAL PRISON ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE EXERCISE OF PUBLIC OFFICE AND OTHER MATTERS. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS 155/2019, OF NOVEMBER 28, AND 11/2020 AND 12/2020, OF JANUARY 28. CONCERNING THE APPEALS FOR LEGAL PROTECTION NUMS. 814-2018, 4855-2018 AND 5488-2018. (BOE NUMS. 5, OF JANUARY 6, 2020, AND 52, OF FEBRUARY 29, 2020)

Tatiana RECODER VALLINA
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid
Letrada de la Asamblea de Madrid
Doctora en Derecho
<https://orcid.org/0000-0002-1075-5322>

RESUMEN

El derecho fundamental contemplado en el art. 23.2 de la Constitución no tiene carácter absoluto. Es posible establecer limitaciones al ejercicio de los cargos públicos, como ocurriría en el supuesto de prisión preventiva, siempre que se cumplan con los requisitos previstos en la legislación y jurisprudencia. Asimismo, se analiza la importancia que tiene el respeto a los principios procesales en la tramitación de los recursos de amparo.

Palabras clave: Suspensión en el acceso a los cargos públicos, prisión provisional, principio de proporcionalidad, cuestiones procesales.

Artículos clave: arts. 23.2 CE y 384 bis LECr.

Resoluciones relacionadas: STC 71/1994, STC 18/2002, STC 13/2005, STC 337/2006 y STC 42/2010.

ABSTRACT

The fundamental right contemplated in art. 23.2 of the Constitution is not absolute. It is possible to establish limitations on the exercise of public office, as would occur in the case of preventive detention, provided that the requirements set forth in the legislation and jurisprudence are met. Likewise, the importance of respecting the procedural principles in the processing of appeals before the Constitutional Court is analyzed.

Keywords: Suspension of access to public office, provisional detention, principle of proportionality, procedural issues.

Key articles: arts. 23.2 of the Spanish Constitution and 384 bis LECr.

Related decisions: STC 71/1994, STC 18/2002, STC 13/2005, STC 337/2006 and STC 42/2010.

I. ANTECEDENTES

Durante los últimos años, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en varios recursos de amparo planteados a raíz del conocido como proceso independentista de Cataluña. No cabe duda de que se trata de una cuestión interesante, en la medida en que desde la modificación del art. 49 LOTC se ha dificultado la admisión de este tipo de recursos por el TC, al requerirse que se justifique la especial trascendencia constitucional del asunto.

De entre los muchos pronunciamientos del TC que traen causa en el citado proceso independentista, las líneas que siguen se centrarán en el comentario de tres sentencias. Siguiendo un orden temporal y por situar al lector en los antecedentes de los diferentes casos, el primero de los pronunciamientos es la STC 155/2019, de 28 de noviembre, que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el auto de la sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2018 que, al desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 4 de diciembre de 2017 dictado por el magistrado instructor de la causa especial nº 20907-2017, confirmó el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza de don Oriol Junqueras i Vies.

Por su parte, la STC 11/2020, de 28 de enero, resuelve el recurso de amparo que se dirige contra el auto de la sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el magistrado instructor de la causa especial nº 20907-2017, en fecha 9 de julio, que acordó comunicar a la Mesa del Parlamento de Cataluña la suspensión de los recurrentes don Oriol Junqueras y don Raül Romeva Rueda, entre otras personas diputados en dicho Parlamento, en el ejercicio de los cargos públicos que estaban desempeñando, en aplicación del art. 384 bis LECr. En las resoluciones judiciales impugnadas se constata primero y confirma en grado de apelación después, la concurrencia de los presupuestos legales de la norma aplicada (firmeza del procesamiento por delito de rebelión y la situación de prisión provisional de los recurrentes, diputados del Parlamento de Cataluña), y se comunica la consecuencia prevista en la ley al citado parlamento.

Finalmente, la STC 12/2020, de 28 de enero, se pronuncia sobre el recurso de amparo que se interpuso contra el auto de 9 de julio de 2018, dictado por el magistrado instructor de la causa especial nº 20907-2017, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 384 bis LECr acordó comunicar a la Mesa del Parlamento de Cataluña la suspensión automática de las funciones y cargos públicos que ostentaba el recurrente, don Carles Puigdemont i Casamajó, a fin de que se adoptasen las medidas precisas para lograr la plena efectividad de lo establecido en el citado precepto.

II. COMENTARIO

Las tres resoluciones, conexas entre sí, contienen diversos pronunciamientos del TC interesantes, unos desde una perspectiva procesal y otros desde la vertiente sustantiva. Bien es cierto que llaman más la atención, generalmente, los segundos si bien no por ello hay que dejar de prestar atención a las consideraciones procesales que como veremos han tenido especial importancia en la resolución de estos casos.

Comenzando por los temas procedimentales que se ponen de manifiesto en las sentencias que se analizan, pueden destacarse los siguientes puntos:

Tanto en la STC 155/2019 como en la STC 11/2020 los demandantes de amparo alegaron contra la imposibilidad de recusar a los magistrados del TC. Consideraban que se había producido una vulneración del derecho al juez imparcial del art. 24.2 CE, en la medida en que en los procesos judiciales penales «relacionados con lo que se ha denominado el *proceso de independencia de Cataluña* parten de la supuesta desobediencia al TC, habiendo llevado a cabo este Tribunal una *valoración jurídico penal de las conductas* de los ahora recurrentes, al deducir testimonio de actuaciones al Ministerio Fiscal por si cupiera la formulación de acciones penales». Esta alegación se desestima tanto en la SSTC 155/2019 como en la 11/2020 sobre la base de los siguientes argumentos:

- La queja carece de una base objetiva de fundamentación puesto que el demandante no ha intentado la recusación de los magistrados del TC, lo que podían haber llevado a cabo de acuerdo con los arts. 223 y concordantes de la LOPJ.

- La alegación que en este sentido realizaron los demandantes en sus escritos, no puede calificarse materialmente como una solicitud de recusación, siendo por ello manifiestamente inadecuada, por razones tanto de procedimiento como de fondo, de conformidad con la doctrina existente al respecto (AATC 383/2006, 394/2006, 380/1993, 80/2015, 126/2008 y 269/2014), y rechaza la alegación en la medida en que se formula con carácter preventivo y sin indicación expresa de la concreta causa prevista en el art. 219 LOPJ en que habría de fundarse.

Otras cuestiones relevantes desde la perspectiva procesal y que ocupan un lugar destacado en las SSTC 155/2019 y 12/2020 son:

- La necesidad de agotamiento de la vía judicial previa, que encuentra su fundamento en la naturaleza subsidiaria del amparo «a fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas cuando ello pueda hacerse por los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de las vías procesales establecidas (SSTC 13/2005, 337/2006, 23/2007, 187/2008)».
- La prematuridad del recurso de amparo que se interpone cuando aún esté pendiente de resolverse algún recurso o remedio procesal en la vía judicial previa. En estos casos, la vulneración del derecho fundamental invocado es todavía potencial, no real y, por ello, aún puede repararse en vía judicial. El TC es claramente contrario a que se puedan simultanear recursos no resueltos con el de amparo constitucional. Aplicando esta doctrina en la STC 12/2020, el TC constató que al tiempo de interponer la demanda de amparo estaban pendientes de resolver en sede judicial los recursos interpuestos contra el auto que es objeto de impugnación en amparo. Por tanto, en este caso no es que no se hayan empleado todos los mecanismos de defensa previstos antes de interponer el recurso de amparo, sino que no se ha esperado a la resolución de las impugnaciones planteadas en sede judicial. Considera el TC que «la simple demora en la resolución de los recursos en vía judicial no autoriza a prescindir de un aspecto medular del recurso de amparo, a saber, su naturaleza subsidiaria». Todo ello fue determinante de que el fallo de la STC 12/2020 fuera de

inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa dada su prematura interposición.

- El pronunciamiento anterior pudo realizarlo el TC pese a haber admitido a trámite el recurso porque es doctrina consolidada (SSTC 18/2002, 158/2002) que «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite».

Adentrándonos ya en los temas sustantivos de las SSTC, partamos del hecho de que para que esta alta institución pueda pronunciarse, los derechos fundamentales que se consideren vulnerados han tenido que ser previamente alegados en la vía judicial si hubo oportunidad (art. 44.1.c) LOTC). Lo que pretende el TC con esta doctrina (SSTC 42/2010, 91/2010, 12/2011, entre otras) es evitar el acceso a la jurisdicción constitucional *per saltum*, es decir, sin que se dé la oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, llegado el caso, poner solución a la vulneración del derecho fundamental. Recuerda la STC 11/2020 que si bien no exige ni la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se recoge el derecho presuntamente conculcado ni su *nomen iuris*, si «se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado». Partiendo de lo anterior, tanto en la STC 155/2019 como en la STC 11/2020 rechazó el TC pronunciarse sobre las quejas relacionadas con algunos derechos fundamentales alegados *ex novo* ante el TC y respecto de los cuales, por tanto, no se pudieron pronunciar sobre ellos instancias judiciales.

En dos de los casos planteados en los recursos de amparo analizados se pone de manifiesto un hecho común: la condición de representante público y la situación de prisión provisional.

De conformidad con el art. 384 bis de la LECr «firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión». En la STC 11/2020 se analiza pormenorizadamente la constitucionalidad

de la aplicación de dicho precepto al caso concreto en la medida en que incide en el derecho fundamental del art. 23.2 CE. Recuerda el TC su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del art. 384 bis LECr en la STC 71/1994, sintetizando su compatibilidad con el art. 23.2 CE en los siguientes puntos:

- a. El precepto legal se engarza directamente en los derechos del art. 23.2 CE como derechos de configuración legal en la medida en que «la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los “requisitos” para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento por delito por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes».
- b. La medida del art. 384 bis LECr surge de la confluencia de dos factores: i) la situación de prisión provisional: la suspensión en el ejercicio de la función o cargo público sólo tiene lugar cuando es *decretada la prisión provisional* y se mantiene únicamente mientras dure aquella. ii) El procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada *con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes*: «la excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional como lo es la prevista en el precepto impugnado, dirigida frente a quienes – sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– han sido objeto de un acto firme de procesamiento» (STC 71/1994).

El TC procede a analizar si el art. 384 bis LECr es o no aplicable al caso concreto y dado que la respuesta afirmativa implica una restricción del derecho fundamental al ejercicio de cargos públicos representativos, insiste de acuerdo con pronunciamientos previos (SSTC 62/1996, 175/1997, 200/1997, 83/1998, 116/1998, 2/1999) en la necesidad de que concurra una motivación reforzada en la que se incluya un juicio de adecuación al fin. Varios aspectos son relevantes:

- I. El TC insiste en que esta medida tiene como singularidad que surge de forma automática *ex lege*, por lo que una vez constatado que se cumplen los presupuestos ha de ser aplicada. En el caso

enjuiciado las resoluciones judiciales impugnadas constataron que se cumplían los presupuestos, por lo que se limitaron a aplicar la consecuencia que se deriva de la ley.

- II. Entiende el TC que «la exigencia de que la medida sea proporcional se cumple en la configuración legal de los supuestos ante los que nada la restricción».
- III. Considera el TC, que el control que puede realizar está limitado a la comprobación de que exista motivación suficiente y que «no incurra en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad». En definitiva, el TC se ha de pronunciar sólo sobre dos aspectos:
 - a. El primero es el relativo a si el auto de procesamiento puede ser considerado o no firme. Las partes demandantes entienden que mientras alguna de ellas pudiera impugnarlo no sería firme. Sin embargo, el TC considera que la firmeza exigida por la norma es independiente de la posibilidad de que los declarados en rebeldía puedan interponer recurso respecto de lo que les afectara. El propio Tribunal Supremo ya señaló en su auto que la «firmeza exigida por la norma no tiene en este caso el significado de invariabilidad material de la calificación jurídica contenida en la resolución judicial, sino que equivale a imposibilidad formal de interponer recurso frente a ella». Lo que lleva al TC a concluir que «la provisionalidad de la calificación jurídica contenida en el auto de procesamiento no contradice la noción de firmeza, en cuanto este concepto cobra todo su sentido al hacerse equivalente a inimpugnabilidad formal de tal resolución judicial, cuando contra ella no cabe recurso alguno, bien por haber dejado transcurrir el plazo para recurrir, bien por haberse rechazado el último recurso disponible según la legislación procesal...»
 - b. La otra cuestión controvertida alude al presupuesto legal de que el procesamiento y la prisión provisional traigan causa de la imputación de un «delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». El TC al analizar las resoluciones impugnadas en amparo constata que son respetuosas tanto con la doctrina constitucional como con las exigencias de suficiencia y razo-

nabilidad, sin que en ningún momento estén llevando a cabo una interpretación extensiva del precepto legal, puesto que la medida «se inserta en la persecución de delitos que conllevan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático tal como ha encontrado reflejo en el propio texto constitucional». Por todo ello, la demanda de amparo fue inadmitida en la STC 11/2020.

Otro tema destacado en los casos analizados es el relativo a la compatibilidad entre el derecho de participación política y la prisión provisional, que se analiza especialmente en la STC 155/2019.

Recuerda el TC que el derecho al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE) no es un derecho incondicionado o absoluto, sino que puede estar sometido a limitaciones implícitas (por todas, SSTC 29/2019 y en el mismo sentido la jurisprudencia del TEDH).

En esta línea, señala la STC 155/2019 que «las decisiones judiciales que acuerden la imposición o el mantenimiento de una privación cautelar de libertad a un parlamentario o a un candidato a unas elecciones legislativas han de estar suficiente y razonablemente motivadas, en el sentido de que han de ponderar la injerencia de la medida adoptada en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2CE)». Al TC le corresponde constatar si las resoluciones impugnadas satisfacen o no la exigencia constitucional de motivación en la adopción de la medida limitativa o restrictiva del derecho fundamental y si dicha motivación es respetuosa con su contenido esencial. En la STC 155/2019 considera que la resolución recurrida no incurre en deficiencias ya que expresa cuáles son los componentes esenciales del riesgo de reiteración delictiva, entendido como uno de los fines que legitiman la adopción de la prisión provisional. Dicho riesgo se funda en datos objetivables de los que se deduce un peligro de persistencia delictiva, sin que tal deducción pueda ser considerada absurda, irrazonable o caprichosa, ni que, como sostiene el demandante, pretenda encubrir la verdadera causa por la que se mantiene la medida cautelar: la ideología y los principios que este último profesa.

Examina también el TC si la prisión provisional como medida cautelar satisface el requisito de proporcionalidad desde la perspectiva

del derecho del art. 23.2 CE. Así, destaca que «uno de los factores a tomar en consideración, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que hemos reseñado, al objeto de determinar si la prisión provisional de un parlamentario o de un candidato en unas elecciones legislativas es una medida proporcionada desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo es la previsión de un recurso mediante el que se pueda impugnar de forma efectiva aquella prisión, de modo que los tribunales puedan valorar los intereses de la persona afectada y de la sociedad protegidos por el citado derecho, así como los del buen funcionamiento de la justicia para ordenar y/o mantener la privación cautelar de libertad». No obstante, el juicio de proporcionalidad de esta medida «no se satisface con la mera posibilidad de poder recurrir la privación cautelar de libertad, sino que es necesario que esa impugnación haya sido efectiva, en el sentido de que los órganos judiciales valoren los intereses concernidos por la decisión de ordenar y/o mantener la prisión provisional». En este caso, la afectación del derecho del art. 23.2 CE por su situación de prisión provisional, se justifica en las resoluciones impugnadas porque «los graves hechos que se le imputaban estaban directamente vinculados con el ejercicio de acciones cometidas en su condición de líder de una formación política y de titular de cargos públicos de la comunidad autónoma, en particular, el de vicepresidente del Gobierno de la Generalitat y desde las que ha llevado a cabo aquella actuación, sin que, a juicio de los órganos judiciales, pueda estimarse de modo suficientemente acreditado, a diferencia del otro grupo de personas investigadas, su voluntad de abandonar el método y las vías ya empleadas con el objetivo de proclamar la independencia de la comunidad autónoma.»

En relación con si es o no una medida proporcional el TC constata que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo han ponderado la aplicación al demandante de medidas menos incisivas que la prisión provisional, que han descartado con base en concretos e individualizados razonamientos

III. CONCLUSIONES

Muchos son los temas interesantes que se estudian en estas sentencias. No pueden menospreciarse los temas procedimentales,

pues la adecuada utilización de los mismos y en el momento procesal oportuno puede ser determinante en el pronunciamiento del TC. En cuanto a las cuestiones de fondo, recuerda el TC que el derecho al ejercicio de cargos públicos no tiene carácter absoluto y, dentro de los parámetros previstos por el legislador y el TC, la prisión preventiva no supone un quebranto de dicho derecho fundamental.