

Voto particular discrepante que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada en los recursos de amparo avocados núms. 4037 y 4098 -2015.

En el ejercicio de la facultad que me reconoce el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la decisión de desestimación de los recursos de amparo formulados. Considero, por el contrario, que debieron ser estimados por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) de los demandantes de amparo, dado que la revisión de la absolución en casación exigía haberles dado previa audiencia.

Me remito a la doctrina constitucional y europea expuesta en la sentencia de la que discrepo. No obstante, quiero resaltar un párrafo en concreto de la STEDH de 22 de noviembre de 2011, *asunto Lacadena Calero c. España*, § 47: “En opinión del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan”.

Para la sentencia de la mayoría, en este caso, “no nos hallamos ante una nueva valoración de la prueba sino ante un acto de subsunción del elemento subjetivo del tipo penal del art. 498 CP, realizado por el Tribunal superior a partir del propio relato de hechos probados de la sentencia del órgano judicial inferior”, de manera tal, que, “si del propio relato se infiere la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo que no haya sido apreciada por el órgano *a quo*, la sentencia de instancia puede y debe ser revisada. La apreciación del elemento subjetivo se convierte, así, en una cuestión jurídica” [FJ 8 C) c)]. Se da, por tanto, “una particular situación”, que es que “aquel ánimo tendencial que configura el elemento subjetivo del tipo del art. 498 CP viene también explicitado en el propio relato de hechos probados de la sentencia” [FJ 8 C) c)].

La mayoría de los magistrados considera que el elemento subjetivo del ánimo de impedir a los parlamentarios entrar en la sede parlamentaria para la celebración de una sesión plenaria se

encontraba recogido expresamente en el relato de hechos probados al desprenderse del lema de la convocatoria: “*Aturem el Parlament*” (paremos el Parlament), así como de otras expresiones o lemas como “*no deixarem que aprovin retallades*” (no permitiremos que aprueben recortes). Sin embargo, este Tribunal ha dicho que “en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente” (SSTC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6, y 149/2019, de 25 de noviembre, FJ 2). A mi juicio, en consonancia con lo expuesto, el ánimo tendencial de los demandantes de amparo no puede deducirse únicamente del “propio contenido gramatical” [FJ 8 C) c)] del lema de la convocatoria que, hay que tenerlo en cuenta, fue autorizada por la autoridad gubernativa correspondiente. Necesitaba, aunque el ánimo de delinquir estuviera articulado a partir de los datos que constan en los hechos probados, de un debate público en el que los acusados hubieran podido intervenir.

Como se advierte en la sentencia a la que se formula este voto particular, la doctrina de este Tribunal revela como aspecto importante del enjuiciamiento de quejas planteadas en relación con la aplicación del principio de inmediación y la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías, “el de su profundo casuismo y el de su necesario ajuste a aquellas circunstancias específicas” [FJ 8 C) a)]. En este caso, y con independencia de las peculiaridades propias del recurso de casación penal, considero que las circunstancias del caso obligaban a la previa audiencia de los acusados antes de condenarles tras haber sido absueltos en la instancia, ofreciéndoles la posibilidad de defender sus intereses contradictoriamente. No creo que se pueda inferir, sin hacer juicio valorativo alguno acerca del comportamiento de cada uno de ellos, cuál era realmente su intención, más allá de constatar, en su caso, que hubo fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave. Argumentos tales como que las declaraciones de dos portavoces de los movimientos sociales convocantes realizadas en rueda de prensa, en la que se afirmaba que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament, fueron realizadas en un lapso de tiempo suficiente -cinco días antes de la concentración- como para difuminar el vínculo entre sus intenciones y lo ocurrido, o la intensidad de los términos empleados en la convocatoria y en las frases que los completaban, no permiten, a mi juicio, al margen de su suficiencia o insuficiencia para inferir el elemento subjetivo, apreciar la intencionalidad de los recurrentes sin antes haberles oído, como exige nuestra jurisprudencia en consonancia con la del TEDH.

Así pues, y por los motivos expuestos, considero que la queja denunciada de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE) debió ser estimada por apreciar la sentencia de casación, tras la absolución en la instancia, la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, esto es, la intención de los acusados de alterar o impedir el normal desarrollo de la función parlamentaria, sin la previa audiencia de los condenados. Sin darles, por tanto, la oportunidad de exponer su versión personal sobre su participación en los hechos. Dicha estimación hacía innecesario conocer de las restantes quejas invocadas que, a mi juicio, debían ser resueltas tras su previo enjuiciamiento.

Y en este sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.