

Voto particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 4037 y 4098-2015.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión expresada por la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la Sentencia recaída en el presente proceso.

Mi discrepancia con la opinión de la mayoría no es de matiz, sino básica y radical, en cuanto considero que expresa una concepción de los derechos fundamentales alegados y del método de análisis constitucional de las pretensiones en liza que se aleja de anteriores pronunciamientos consolidados por la jurisprudencia constitucional. Fue esta la razón que me llevó a declinar la ponencia que me había sido asignada, tras no ser aceptadas las soluciones propuestas al Pleno que, alejadas de la que ha sido finalmente adoptada, hubieran justificado la estimación del amparo solicitado.

Mi disconformidad se extiende a las cuatro conclusiones en las que se apoya la decisión desestimatoria, en cuanto considera que la condena penal de los recurrentes como autores de un delito contra las instituciones del Estado (art. 498 del Código Penal): (i) es respetuosa con las exigencias de tipicidad que impone el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); (ii) se refiere a conductas que no forman parte del ámbito objetivo de protección de los derechos de libertad de expresión, reunión y manifestación alegados (art. 20 y 21 CE); (iii) es en sí misma proporcionada y, finalmente; (iv) ha sido declarada por primera vez en casación con pleno respeto al derecho de defensa de los acusados y las garantías que conforman su derecho a un proceso justo (art. 24.2 CE).

No obstante, para facilitar la lectura de esta opinión discordante seguiré el orden de análisis expuesto en la sentencia desestimatoria. En ella, para justificar la asunción acrítica y la ratificación íntegra de las conclusiones y razonamientos de la decisión condenatoria acordada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la mayoría se apoya en un presupuesto común que no puedo compartir: según se afirma, a partir de lema con el que se convocó la manifestación en cuyo curso se produjeron los actos enjuiciados, resulta procesal y materialmente ajustado a Derecho declarar que la finalidad de la convocatoria y el objetivo de todos los asistentes fue “paralizar la actividad de la Cámara [autonómica de Cataluña] y que el proyecto de presupuestos no fuera aprobado”, o, como afirma otro pasaje de la resolución: “provocar que la Cámara catalana se viera incapacitada para el debate y la acción política”.

1. Sobre la relación de las conductas enjuiciadas con el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación: método de análisis constitucional y conclusión desestimatoria.

1.1. Con referencia a la jurisprudencia anterior, en la reciente STC 122/2021, de 2 de junio (FJ 9.4.2), el Pleno ha expuesto los diversos momentos de análisis que metodológicamente han de recorrerse para resolver las pretensiones de amparo en las que, como justificación de su conducta frente a una condena penal, los recurrentes alegan la indebida limitación de sus derechos fundamentales sustantivos.

En coherencia con dicho pronunciamiento, el proceso de análisis de los recursos analizados debió ser el siguiente, y debió llevarse a cabo íntegramente:

a) A partir de los hechos declarados probados por los órganos judiciales y del contenido de los derechos fundamentales sustantivos alegados, el examen debió centrarse, en primer lugar, en las conductas que son presupuesto fáctico de la condena, para determinar si por su naturaleza, por la finalidad a que se orientan o por los medios empleados, pueden encuadrarse en el ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, al margen de cualquier consideración acerca de si su concreto ejercicio supuso o no una extralimitación. No se trata, en este primer momento, de analizar las limitaciones o restricciones posibles al ejercicio del derecho, sino de determinar y delimitar el contenido y finalidad del derecho de reunión y manifestación alegados. Tal escrutinio permite identificar y excluir aquellos supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos; lo que puede ocurrir cuando se desnaturaliza el ejercicio del derecho situándose, objetivamente, al margen del contenido propio del mismo (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

b) En segundo término, si concluyéramos que las conductas enjuiciadas forman parte del ámbito de protección propio del derecho alegado, será preciso examinar si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera materialmente como causa excluyente de su antijuridicidad. El análisis se dirige entonces a determinar si la conducta sancionada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio (entre otras, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 6; 104/2011, de 20 de junio, FJ 6; y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2).

En caso afirmativo, las conductas enjuiciadas no podrían sufrir reproche jurídico alguno; tampoco debido a la aplicación de previsiones legales de naturaleza sancionadora cuya finalidad sea la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal (en ese sentido, SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Dicha doctrina, elaborada inicialmente en el marco del conflicto entre los derechos fundamentales al honor y las libertades de expresión e información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 6; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; o 20/1990, de 15 de febrero, FJ 2), se ha trasladado también al examen de la respuesta penal a comportamientos relacionados con el ejercicio de otros

derechos fundamentales (SSTC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3, delito de coacciones en un contexto de huelga; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3, falta de coacciones y derecho de huelga; 104/2011, de 20 de junio, FJ 6, delito de desobediencia y derecho a la huelga; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, injurias y libertad sindical) y, en particular, con el derecho de reunión pacífica (SSTC 196/2002, de 28 de octubre, FFJJ 5 y 6, delito electoral; y STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8, allanamiento del domicilio de persona jurídico-pública en el contexto de una asamblea sindical). Por lo demás, la relación de exclusión entre el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y su castigo orienta asimismo en los pronunciamientos que se han analizado la legitimidad de sanciones no penales vinculadas al ejercicio del derecho de reunión (SSTC 42/2002, de 14 de febrero, FJ 5; 124/2005, de 23 de mayo, FJ 3; y 110/2006, de 3 de abril, FJ 4).

c) De concluir que la conducta analizada no es ejercicio plenamente legítimo del derecho de reunión aducido sino una extralimitación de su ejercicio, el análisis constitucional de las quejas planteadas en la demanda no puede detenerse ni resolverse únicamente con un debate sobre si los derechos fundamentales alegados, así ejercitados, tienen o no valor preferente frente al fin de protección de la norma penal aplicada. Tan limitado examen aboca como soluciones únicas de la controversia a una decisión absolutoria, o a una de condena conforme con la extensión prevista legalmente en la previsión penal abstracta, lo que evita y dificulta analizar y graduar la necesidad e intensidad de la reacción penal dirigida a proteger su legítima finalidad. Para evitar tal simplificación, en tales casos resulta obligado efectuar otras consideraciones que son complementarias a las anteriores, que únicamente analizaban su carácter plenamente legítimo o antijurídico.

El análisis constitucional debe dirigirse entonces a determinar si, en las circunstancias del caso, la sanción penal, atendida su naturaleza y su extensión, puede ser considerada una reacción proporcionada a las necesidades de protección que la justifican. En este tercer momento el examen se desplaza de la conducta a la limitación. Y en él desempeña un papel decisivo el juicio sobre la proporcionalidad de la reacción penal. Su evaluación se dirige a garantizar que la condena penal no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad a la que afecta o, aún más allá, un efecto disuasor o desalentador del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.

En efecto, de apreciar que la conducta imputada debe ser calificada como una extralimitación en el ejercicio de la libertad o derechos alegados, el examen debe centrarse entonces en la limitación impuesta, esto es, en la decisión de condena, dado que únicamente serán constitucionalmente admisibles aquellas limitaciones que (i) previstas por la ley (ii) persigan una finalidad legítima, y (iii) sean proporcionadas al fin de protección que las justifica (SSTC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 7; y 85/1992, de 8 de junio, FJ 4).

d) En estrecha relación con este último análisis puede ser preciso tomar en consideración otras perspectivas de valoración con relevancia constitucional que, en parte coincidentes, derivan de la naturaleza penal de la limitación impuesta (art. 25.1 CE). Así lo propugna el recurrente en el presente caso: se trata de contenidos de protección específicos que conforman el derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones, pues la Constitución impone

a los poderes públicos exigencias adicionales de previsibilidad y proporcionalidad de la reacción cuando se trata de limitaciones del ejercicio de derechos fundamentales que derivan del ejercicio del *ius puniendi* estatal (SSTC 104/1986, 107/1988, 137/1997, 110/2000, 88/2003, y 104/2011, ya citadas, así como ATC 4/2008, de 9 de enero).

1.2. Expresado de esta forma el método de análisis que considero debimos seguir y agotar, es ya momento de destacar que la decisión mayoritaria ha detenido indebidamente su examen en el primer momento de los que han sido descritos, tras considerar [FJ 5, c) y FJ 7.2.2] que por la finalidad a que se orientaba la manifestación -que no sería otra que paralizar la actividad del Parlamento de Cataluña y que los presupuestos no fueran aprobados-, la conducta de los recurrentes no formaba parte, ni tan siquiera, del ámbito de protección de los derechos fundamentales alegados porque afectó a los derechos de terceros (los diputados autonómicos) cuya protección “debe prevalecer” sobre aquéllos, de manera que el alegado ejercicio de derechos fundamentales no es sino un pretexto o subterfugio para la comisión de un hecho antijurídico.

En mi opinión, como expresé durante la deliberación, si bien las conductas enjuiciadas no constituyen ejercicio legítimo de las libertades de expresión, reunión y manifestación alegadas, están encuadradas sin duda alguna en el ámbito de protección de dichas libertades, por lo que era preciso continuar nuestro análisis para determinar si la posibilidad de limitación penal estaba prevista en la ley, era idónea y necesaria, y supuso una actuación proporcionada de protección del interés jurídico que constituye el objeto del tipo penal aplicado.

a) Coincido con la mayoría en que las conductas enjuiciadas en la causa penal previa no son ejercicio legítimo de las libertades de expresión, reunión y manifestación alegadas. Dicha apreciación de su carácter antijurídico se apoya en constatar que la limitación penal impuesta no trata de coartar el contenido del mensaje de protesta –el desacuerdo con la política de gasto pendiente de aprobación parlamentaria–, sino la forma exorbitante e intimidatoria en que dicho desacuerdo se hizo visible, esto es, dificultando con su conducta el normal desarrollo de la sesión parlamentaria en la que se iniciaba el debate sobre dichas decisiones anuales de gasto público. Es por tanto posible dissociar el mensaje de protesta y los actos impeditivos que fueron penalmente sancionados.

b) Pero, muy al contrario que la mayoría de mis compañeros del colegio de magistrados, entiendo que, como sostiene el ministerio fiscal, dichas conductas solo pueden ser consideradas excesos innecesarios o extralimitaciones en el ejercicio de los derechos de protesta política en que dicen fundarse.

Dado el momento y contexto en que se produjeron, así como su simple descripción, considero que las conductas que les han sido imputadas a los recurrentes constituyeron actos de protesta y reivindicación extralimitados que, pese a su naturaleza verbal y gestual innecesariamente coercitiva, se encuentran directamente relacionados con las críticas políticas y de carácter social que justificaron la convocatoria de la reunión pública y manifestación ante el Parlamento de Cataluña. Por esta razón no quedan fuera del marco general de protección que la Constitución otorga a los derechos de libre expresión, reunión y manifestación. La condena penal impuesta a los recurrentes

por los hechos imputados supuso objetivamente una restricción de sus derechos de reunión y manifestación, interpretados a la luz de la libertad de expresión, en tanto tal interferencia no solo opera cuando las reuniones son prohibidas o, una vez autorizadas, son disueltas coercitivamente, sino también cuando, una vez finalizadas, sus organizadores o quienes han participado en ellas son sancionados por las conductas protagonizadas durante su desarrollo (SSTEDH de 26 de abril de 1991, *Ezelin c. Francia*; de 15 de mayo de 2014, *Taranenko c. Rusia*; de 15 de octubre de 2015, *Kudrevičius y otros c. Lituania*; y de 20 de septiembre de 2018, *Mushegh Saghatelyan c. Armenia*).

Tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho de reunión pacífica, únicamente quedan excluidas de su ámbito de protección aquellas reuniones o manifestaciones en las que sus organizadores o participantes tengan intenciones violentas, pretendan inducir a otros a ejercer la violencia o, socaven de cualquier otra manera los fundamentos de una sociedad democrática. Esta última expresión ha sido siempre vinculada en la casuística jurisprudencia del tribunal europeo a llamamientos a la violencia, al odio o a la misma insurrección armada [SSTEDH de 20 de octubre de 2005 (asunto *Stankov y United Macedonian Organization Ilinden c. Bulgaria*, y *United Macedonian Organization Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*), § 99; de 23 de octubre de 2008 (asunto *Sergei Kouznetsov c. Rusia*), § 45); de 21 de octubre de 2010 (asunto *Alekseyev c. Rusia*), § 80), o de 20 de septiembre de 2018 (asunto *Mushegh Saghatelyan c. Armenia*), § 227]. Ninguna de estas circunstancias concurre en el caso analizado, por lo que la incidencia del contenido del derecho alegado sobre la respuesta penal cuestionada imponía realizar consideraciones complementarias que han sido eludidas en la decisión mayoritaria de la que discrepo.

Por esta razón, nuestro análisis de la condena penal no debió detenerse en el carácter justificado o antijurídico de las conductas enjuiciadas, sino que debió analizar si concurren en ellas los elementos que conforman el delito tipificado por la ley y si, además, por su severidad, su aplicación produce o no un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad concernida o un efecto que, en otras muchas resoluciones anteriores, hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en las conductas sancionadas (STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, d)); efecto que puede llevar a los ciudadanos a no ejercer plena y libremente sus derechos ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada. Analizaré estos extremos al examinar la proporcionalidad de la concreta condena impuesta.

2. Sobre el carácter típico de las conductas enjuiciadas, a partir de la previsión legal establecida en el art. 498 del Código Penal.

Dejando ahora al margen la alegada vulneración de los arts. 20 y 21 CE, los recurrentes, por referencia al voto particular disidente de la sentencia dictada en casación, denuncian también en sus recursos de amparo la vulneración de la garantía material del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE), en cuanto reconoce el principio de tipicidad, que impone al aplicador del Derecho una sujeción estricta a la ley penal, de forma que quedan vedadas tanto la interpretación extensiva como la aplicación analógica *in malam partem* de las normas penales, esto es, su exégesis y aplicación fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

Para los recurrentes, sus conductas no expresan el empleo de una “fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave” dirigida a impedir a un parlamentario asistir a sus reuniones o coartar la emisión de su voto. Rechazan, como lo hace el ministerio fiscal, que las conductas por ellos protagonizadas respondan a las exigencias típicas del precepto, ni tan siquiera en atención al contexto de protesta colectiva en que se desarrollaron. Entienden que el contexto no puede alterar hasta tal punto su naturaleza atribuyéndoles, al margen de la voluntad de sus autores, rasgos de violencia o intimidación grave que no tenían. El ministerio fiscal coincide en esta apreciación y propone también, por esta razón, la estimación de la pretensión de amparo.

La conclusión de la mayoría, desestimatoria de esta queja, se apoya en un juicio de razonabilidad (FJ 6, *in fine*) que lleva a considerar que son suficientes los elementos de hecho tomados en consideración por el tribunal de casación para deducir la existencia de un contexto de coerción destinado a impedir a los diputados que llegaran a la sede del Parlamento; contexto que tuvo la suficiente entidad sobre el ánimo de los parlamentarios, algunos de los cuales se vieron en dificultades para acceder a la Cámara, otros lo hicieron con auxilio policial, y otros tuvieron que asistir a la reunión utilizando medios extraordinarios de transporte.

En este punto coincido con el ministerio fiscal en que se ha producido una aplicación extensiva de la norma penal. Considero que, excediendo de su significado gramatical y del uso común del lenguaje, ha sido indebidamente aplicada a supuestos que, por su menor entidad, no están comprendidos en su ámbito a partir del tenor literal de la norma penal, que exige la utilización de medios comisivos aptos para producir fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave. Tampoco se respetan las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional en relación con los derechos de expresión, reunión y manifestación pacífica sin armas, en tanto garantizan la posibilidad de expresar de forma simbólica, incluso desabrida e hiriente, el desacuerdo con las políticas presupuestarias y sociales que habrían de ser sometidas a escrutinio parlamentario. Estos valores fundamentales no han tenido ninguna incidencia sobre la decisión de condena y su ratificación en esta sede.

Para apoyar esta apreciación considero que debieran haber sido tomados en consideración de manera relevante los siguientes aspectos: (i) la menor gravedad de las conductas individuales protagonizadas por los recurrentes [que se describen en el FJ 5. B), b) de la decisión desestimatoria]; (ii) que no sido declarado probado un concierto previo entre los recurrentes, ni entre éstos y el resto de los manifestantes, para cometer actos violentos o de hostigamiento grave a los parlamentarios; (iii) que, pese a su lema, tan relevante para la mayoría, la manifestación no fue prohibida por la autoridad gubernativa, ni fueron perseguidos sus convocantes; (iv) en fin, por más relevancia que para valorar las conductas sancionadas se dé al contexto en que se produjeron (la denominada *intimidación ambiental*), tal extrapolación no puede conducir a justificar la responsabilidad individual mediante su integración colectiva en los actos de coerción realizados por otras personas no identificadas, pues, en cualquier caso, sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de

diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5].

3. Sobre la proporcionalidad de la reacción penal cuestionada.

A las razones expuestas en el epígrafe anterior, se suman otras jurisprudenciales y de hecho que, en mi opinión, permiten apreciar que la condena privativa de libertad impuesta a cada uno de los recurrentes, de tres años de duración, es objetivamente desproporcionada, en atención a las conductas que protagonizaron y al contexto de protesta política en que se desarrollaron.

3.1. La STC 177/2015 ha puesto de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión, por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar (en el mismo sentido STC 112/2016). Por ello, tanto el legislador al definir la norma penal, como el juez al aplicarla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

En nuestra jurisprudencia el juicio de proporcionalidad de las limitaciones de naturaleza penal ha sido específicamente abordado en reiteradas ocasiones en el ámbito de conductas relacionadas con las libertades de expresión e información, de las que la libertad de reunión es una modalidad concreta (STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2). En la ya citada STC 110/2000, destacamos que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico, permite afirmar que “no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida”, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación “no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ...disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (en el mismo sentido, SSTC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8 y 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 4). Sobre la exigencia de proporcionalidad cabe citar en el mismo sentido la STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y las SSTEDH de 13 de julio de 1995, *Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido*, §§ 52 a 55; de 25 de noviembre de 1999, *Nilsen y Johnsen c. Noruega*, § 53 y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, §§ 49 y 50).

Pero tal límite no opera exclusivamente en el ámbito del art. 20.1 CE, sino en relación con todos los derechos fundamentales: SSTC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ3, sobre libertad de información y honor; 136/1999, de 20 de julio, FJ 20, sobre libertad de expresión y libertad ideológica en campaña electoral; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8, sobre derecho de reunión en el ámbito de la acción sindical; 104/2011, de 20 de junio, sobre derecho de huelga; 140/2016, de 21 de julio, FJ 10, sobre acceso a la justicia; 91/2021, de 22 de abril y 122/2021, de 2 de junio, sobre los mismos derechos y libertades alegadas en esta causa.

En el mismo sentido se ha pronunciado, también de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las SSTEDH, de 22 de febrero de 1989, *Barfod c. Noruega*, § 29; de 20 de

mayo de 1999, *Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, § 64; de 21 de marzo de 2002, *Nikula c. Finlandia*, § 54; de 15 de diciembre de 2005, *Kyprianou c. Chipre*, §§ 175, 181 a 183; de 21 de julio de 2011, *Heinisch c. Alemania*, §§ 91 y 92; de 3 de octubre de 2013, *Kasparov y otros c. Rusia*, § 84; de 15 de mayo de 2014, *Taranenko c. Rusia*, §§ 95 y 96; de 14 de octubre de 2014, *Yilmaz Yildiz y otros c. Turquía*, § 33; de 15 de octubre de 2015, *Gafgaz Mammadov c. Azerbayán*, § 50; y, más recientemente, la STEDH de 4 de septiembre de 2018, *Fatih Taş c. Turquía* (núm. 5), § 40.

3.2. En las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12, hemos señalado que una sanción penal legalmente prevista puede ser catalogada como estrictamente desproporcionada “cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma, a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.

Examinar si una concreta condena privativa de libertad se ha ajustado o ha desconocido el principio de proporcionalidad exige determinar si, por su naturaleza y extensión, es necesaria para la protección del fin perseguido por la norma penal. Tal juicio valorativo ha de poner en relación la pena impuesta con su fin de protección, a partir de la entidad del delito imputado. Como se destacó ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre (primera que abordó esta cuestión) no es posible ignorar la dificultad de aplicar a un caso concreto un principio general del Derecho que, formulado como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación que ha de ser reconocido en favor de Jueces y Tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En todo caso, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, hay en el caso presente diversas circunstancias objetivas que debieron tomarse en cuenta al valorar la proporcionalidad de la concreta sanción impuesta:

(i) Cabe destacar, en primer lugar, que no hay en la decisión de condena juicio de proporcionalidad alguno que relacione la extensión de la pena impuesta con la entidad de las conductas imputadas, ni tampoco sobre la eventual menor antijuridicidad de estas que pudiera derivar del contexto de protesta pública en el que se produjeron. A todos los demandantes, cuyas conductas no son idénticas, se les ha impuesto la misma pena: tres años de privación de libertad, coincidente con la cuantía mínima de la previsión penal legal abstracta. En el fundamento de derecho único de la sentencia condenatoria dictada como consecuencia de la de casación, tras calificar los hechos probados como constitutivos de un delito contra las instituciones del Estado, previsto y penado en el art. 498 CP, se expone lacónicamente: “La sala estima que procede la imposición de las penas mínimas previstas en el indicado precepto”. Eso es todo.

Ya sea por entender que es adecuado y suficiente el juicio de proporcionalidad abstracto hecho por el legislador al fijar la cuantía mínima de la pena abstracta prevista, o por considerar que la relación de las conductas imputadas con el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación no aporta nada a su concreta determinación, o ya se trate de una simple omisión, entiendo que no es posible realizar un juicio externo sobre las razones que la sala ha tomado en consideración, al no haber sido explicitadas. Tampoco de la fundamentación de la sentencia de casación puede extraerse ninguna conclusión específica sobre este aspecto.

(ii) La pena impuesta es privativa de libertad. Y lo es en una extensión significativa -tres años de duración- que conforme a la legislación aplicable (art. 80 CP) no admite la suspensión de su ejecución; esto es, se trata de una pena de prisión de cumplimiento obligado.

La naturaleza privativa de libertad de la pena impuesta es un elemento que, en sí mismo, no puede dejar de ser tomado en consideración en el juicio de proporcionalidad de las injerencias que afectan a la libertad de expresión (SSTEDH de 23 de septiembre de 1994, § 35, *Jersild c. Dinamarca*; de 11 de abril de 2006, § 43, *Brasilier c. Francia*; de 23 de abril de 2015, § 176, *Morice c. Francia* [Gran Sala]; y de 12 de julio de 2016, § 73, *Reichman c. Francia*). Conforme a los parámetros utilizados por el TEDH en el contexto de actos relacionados con la libertad de expresión, se trata de una pena que ha de ser calificada como severa. Así se conceptúa una pena de un año y once meses de prisión (STEDH de 17 de julio de 2018, *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 215) e incluso una pena de nueve meses multa, con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago (STEDH de 12 de enero de 2016, *Rodríguez Ravelo c. España*, § 44). También en la STEDH de 15 de mayo de 2014, *Taranenko c. Rusia*, §§ 94 y 95, el Tribunal europeo ha calificado como inusual y excepcionalmente severa, y por ende desproporcionada, una pena de prisión de tres años (suspendida en su ejecución) impuesta como consecuencia de acceder un grupo de cuarenta personas, apartando al guardia que intentaba impedirles el paso, al interior del edificio que alberga dependencias administrativas de la presidencia del Gobierno, y permanecer encerrados durante horas en un despacho.

En definitiva, por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política.

(iii) Destacaba antes que la decisión de condena, y su ratificación por la mayoría, ha otorgado de forma decisiva relevancia penal a las conductas individuales protagonizadas por cada uno de los demandantes en tanto se ejecutaron “en un escenario y clima coactivo, en una atmósfera intimidatoria” generada por la participación de centenares de manifestantes en la protesta, alguno de los cuales expresaron de forma enérgica, en ocasiones desabrida e ilícita, su desacuerdo con la propuesta presupuestaria del gobierno catalán que iba a ser sometida a debate parlamentario.

Al valorar la proporcionalidad de la medida concreta de pena que se ha determinado como reacción penal, no es posible dejar de tomar en consideración que las conductas individualmente imputadas a cada uno de los recurrentes no constituyeron actos de agresión física o acometimiento personal, sino de confrontación verbal y gestual con los parlamentarios.

La concentración pública en el lugar y día elegido fue debidamente comunicada y permitida por la autoridad gubernativa, que adoptó las medidas de prevención del orden público que consideró adecuadas. Su desarrollo fue mayoritariamente pacífico, aunque en la mañana del 15 de junio, durante el momento de acceso de los diputados al recinto donde se ubica la sede del Parlament, se registraron algunos actos violentos. La protesta era funcional al objetivo de canalizar reivindicaciones sociales que se consideraban legítimas sobre las que cabe toda controversia en una sociedad abierta. No consta que alguno de los recurrentes colaborara en los actos más violentos ya descritos que acaecieron durante la protesta, ni se ha declarado probado que hubiera existido un aprovechamiento intencional por parte de los recurrentes del clima intimidatorio aludido, ni tampoco que actuaran concertadamente con tal fin.

(iv) Pese a que la exigencia de proporcionalidad de la limitación penal de un derecho fundamental pone en relación su fin de protección con el sacrificio que impone al derecho afectado, ha de convenirse con el ministerio fiscal cuando alega que, en la sentencia impugnada, no hay tampoco mención ni toma en consideración alguna a la efectiva incidencia que las conductas sancionadas tuvieron sobre el desenvolvimiento de la actividad parlamentaria programada para el día 15 de junio de 2011.

En tal sentido, la sentencia condenatoria declara consumado el delito con los actos realizados por los recurrentes, en cuanto califica el tipo penal aplicado como “un delito de tendencia ... [que] no exige para su consumación que, como efecto de los medios empleados, el diputado no haya podido asistir a las reuniones, no haya votado efectivamente o haya experimentado una restricción efectiva de su libertad de expresión”. Se trata de una calificación jurídico-penal razonada y no arbitraria que no nos corresponde cuestionar por ser su determinación función exclusiva de los Jueces y Tribunales. No obstante, hemos de poner de relieve que, sin perjuicio de coincidir con la sentencia de casación en que se vio alterado el normal funcionamiento de la Cámara representativa por las dificultades de acceso reseñadas, apreciamos que, en orden a establecer la intensidad de la reacción penal, debió ser un elemento a considerar el efecto real que los actos de protesta imputados produjeron sobre la sesión parlamentaria, dado que, según reflejaron entonces los medios de comunicación, tal y como estaba programado, el debate y votación se desarrollaron en el día de la fecha –incluido el relativo a las enmiendas a la totalidad presentadas a la ley de presupuestos–, y pudo celebrarse pocos minutos después del horario previsto.

(v) En el proceso judicial previo, la consideración de que las conductas enjuiciadas constituían ejercicio legítimo de las libertades alegadas fue precisamente la *ratio* de la sentencia absolutoria de instancia pues, sin realizar juicio alguno de tipicidad, apreció como causa de justificación la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). La decisión fue posteriormente revocada en casación cuestionando la ponderación de intereses hecha en la decisión absolutoria.

Ya he señalado antes que, por su contenido coercitivo, las conductas imputadas no pueden ser consideradas ejercicio plenamente legítimo del derecho de reunión y manifestación; esto es, no constituyeron un ejercicio lícito de las libertades alegadas, por lo que pueden merecer sanción penal.

En consecuencia, considero que la sentencia de instancia sobredimensionó el contenido constitucional del derecho de reunión y manifestación alegado incluyendo en su ejercicio plenamente legítimo conductas que, atendidas sus características y el contexto en que se produjeron, constituyeron una extralimitación de las facultades de actuación que reconoce.

No obstante, las conductas enjuiciadas exteriorizaban una protesta política y social, estaban directamente relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, sin que esta relevante circunstancia haya sido tomada en consideración en la sentencia de casación para determinar la pena imponible. No cuestiono que las conductas protagonizadas por los recurrentes hayan sido previstas y declaradas como delictivas, pero sí el *quantum* de la respuesta penal acordada, atendida su naturaleza privativa de libertad.

En tal sentido, cabe apreciar que la decisión de la mayoría de la que disiento, al igual que hizo la sentencia de casación, minusvaloran el contenido del derecho fundamental alegado, no reconociéndole efecto alguno al determinar la pena aplicable. Sin embargo, la relación de las

conductas imputadas con las facultades de actuación que el derecho de reunión y manifestación reconoce, junto con el resto de las circunstancias que hemos analizado, permite en este caso apreciar en ellas una menor antijuridicidad, un menor contenido lesivo que, de haber sido tenido en cuenta al valorar jurídico-penalmente la conducta de los recurrentes, hubiera llevado a atenuar la duración concreta de la pena privativa de libertad impuesta por debajo del mínimo legal abstracto establecido.

Nuestro sistema jurídico penal es especialmente idóneo para materializar las exigencias de proporcionalidad que hemos analizado en aquellos supuestos en que las conductas imputadas supongan una extralimitación de un derecho fundamental. No solo porque la ley prevé para ellas una pena no determinada de extensión variable –un arco penológico que va desde un mínimo hasta un máximo–; un marco legal necesitado de concreción caso a caso en el que el Juez puede apreciar “la mayor o menor gravedad del hecho” (art. 66.6 CP), sino porque a través de las reglas de aplicación de la pena es exigible graduar la respuesta cuando concurren plena o parcialmente circunstancias de atenuación o exención que así lo justifique.

Para responder proporcionalmente a conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, el aplicador debe apreciar la exención de responsabilidad excluyendo la antijuridicidad de la conducta cuando ésta es ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP); lo que conllevará la absolución. En el mismo sentido, el art. 21 CP contempla como atenuantes las causas de exención “cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”, previsión legal a la que el art. 68 CP anuda como exigencia la imposición de “la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley”, graduación que, a su vez, depende del “número y la entidad de los requisitos que falten o concurren y las circunstancias personales de su autor”. A través de dicha previsión legal, atendidas las circunstancias del presente caso, no solo era posible, sino exigido, individualizar y atemperar la reacción penal a la antijuridicidad de las conductas valoradas, dada la limitada intensidad coercitiva de las mismas, el contexto de protesta política en el que se desarrollaron, su relación con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, y la real afección que produjeron al desarrollo de la sesión parlamentaria. Sin embargo, dicha posibilidad legal no fue examinada en la decisión de condena al determinar la pena que debía ser impuesta.

En definitiva, la toma en consideración de los criterios y circunstancias expuestas me permite concluir que, al imponer a los recurrentes a la pena de prisión de tres años de duración sin apreciar la concurrencia de la citadas posibilidades de atenuación, la decisión de condena impuesta en la sentencia de casación impugnada, por su naturaleza y duración, no puede ser considerada proporcionada al objetivo legítimo perseguido por la norma penal aplicada; esto es, no expresa un justo equilibrio entre los derechos fundamentales alegados y los fines de protección que han justificado la condena. De lo que resulta que, atendiendo parcialmente las pretensiones de los recurrentes, apoyadas por el ministerio fiscal, entienda que debíamos haber declarado vulnerado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas.

Expresada de esta forma mi discrepancia con los motivos sustantivos alegados por los recurrentes (arts. 20, 21 y 25 CE), me resta por abordar un motivo de discrepancia que, pese a su naturaleza procesal, resulta en igual medida relevante para apartarme de la decisión mayoritaria de la que disiento. Tiene que ver con el hecho de que la decisión de condena haya

sido establecida al resolver un recurso de casación formulado contra una previa sentencia absolutoria.

4. Sobre los límites constitucionales de la revisión en casación de la decisión absolutoria adoptada en la instancia (art. 24.2 CE).

Considero que la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia dictada en el presente recurso ha incurrido en una errónea aplicación de la consolidada doctrina constitucional que este tribunal ha venido desarrollando desde la STC 167/2002 en relación con la imposibilidad procesal de apreciar en casación la concurrencia de elementos subjetivos del delito.

4.1. Para facilitar la comprensión de mi desacuerdo resulta oportuno destacar que la inicial decisión absolutoria excluyó la antijuridicidad de la conducta de los acusados entendiendo que era ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación, razonamiento este al que dedicó su principal esfuerzo argumentativo. Es relevante reseñar que el análisis de la sentencia de instancia se detuvo en dicha consideración y, al descartar su antijuridicidad, obvió en su fundamentación el análisis sobre la tipicidad de las conductas que fundamentaron la acusación. En el relato de hechos probados no se recoge referencia alguna a la finalidad que pudiera animar a los recurrentes. Pese a ello, en su fundamentación jurídica, al razonar sobre la legitimidad de la conducta de los recurrentes (FJ 2.1.1) sí se afirma que la convocatoria y la acción colectiva de protesta tenían como finalidad “divulgar mensajes de protesta en relación a las decisiones legislativas, y para ello se trataba de ocupar los alrededores del edificio parlamentario para dirigir a los diputados, a los medios de comunicación y a la sociedad el rechazo de tales medidas de recorte del gasto social en detrimento de los servicios públicos y de la efectividad de los derechos sociales”. Se afirma también que el lema de la convocatoria –“*Paremos el Parlamento, no permitiremos que aprueben recortes*”– aunque problemático, era simbólico y contenía dos mensajes precisos, pues “quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban”.

Por el contrario, tras descartar que las conductas imputadas a los recurrentes pudieran ser calificadas como ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación, la sentencia de casación se enfrenta por primera vez a la tarea –ahora imprescindible– de subsumir las conductas declaradas probadas en el delito previsto y penado en el art. 498 CP, el cual califica como un “delito de tendencia”, para cuya consumación basta que se realice la conducta típica con la finalidad de impedir la asistencia de los diputados a las sesiones parlamentarias programadas. Al subsumir las conductas de los demandantes en el delito en cuestión, el Tribunal Supremo afirma: (i) que las conductas tienen suficiente entidad, en atención al contexto, para ser calificadas como empleo de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave, y (ii) que estaban animadas por la finalidad de impedir a los parlamentarios asistir a las reuniones de la asamblea legislativa. Tal finalidad impeditiva la deduce del contexto coactivo descrito en el relato de hechos probados y del propio lema de la convocatoria. A partir de ambos factores, se afirma que la intención que guiaba la conducta de cada uno de los recurrentes no era protestar sino impedir a los diputados su asistencia al Parlament. De esta forma, quedan equiparadas la finalidad de la manifestación con la concreta finalidad que anima las acciones de los demandantes finalmente condenados,

quienes realizaron aportaciones particulares al acto colectivo de obstaculización de las tareas parlamentarias.

4.2. Mi discrepancia con la decisión mayoritaria no se refiere a la doctrina constitucional que se expresa en el FJ 8, B) de la decisión mayoritaria, sino a su defectuosa aplicación que lleva a apreciar indebidamente que la audiencia personal de los acusados no era precisa en este caso por haber sido deducida la intención que animaba la conducta de los recurrentes del lema de la manifestación y del contexto coercitivo en que esta se produjo, datos que se describen en el relato de hechos probados y se consideran objetivos y, por ello valorables en casación.

Me parece evidente que una vez más, la cuestión que se plantea en este motivo de amparo no es otra que la vulneración de las garantías procesales que, frente al acusado que niega haber realizado el hecho con la intención que se le imputa, deben observarse al resolver el recurso de casación para poder atender una pretensión de condena formulada contra una decisión absolutoria acordada en la instancia.

Como detalladamente se expone en la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 3, el contenido de tales garantías procesales ha sido abordado por este Tribunal en una jurisprudencia reiterada, complementaria y progresivamente ampliada que, rectificando pronunciamientos anteriores, tiene su momento inicial en la STC 167/2002 de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11). La doctrina fue ampliada a partir de la STEDH de 10 de marzo de 2009, *Igual Coll c. España*, que puso de manifiesto la insuficiencia de la inicial perspectiva jurisprudencial. El TEDH había declarado que cuando una instancia de revisión debe conocer un asunto de hecho y en Derecho y tiene la facultad de estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que afirma no haber cometido el acto considerado penalmente ilícito.

La plena recepción de dicho criterio por este Tribunal se inició en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, conforme a cuya doctrina, lo constitucionalmente relevante es evaluar si la jurisdicción de revisión “efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera”, situándose así más allá de consideraciones estrictamente jurídicas; lo cual ocurre siempre que la revisión exprese “una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante”, esto es, se pronuncie sobre circunstancias subjetivas del acusado. Y así hemos señalado que “cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la finalidad que guiaba la conducta de los recurrentes), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan” (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *Lacadena Calero c. España*, § 38; de 20 de marzo de 2012, *Serrano Contreras c. España*, § 31; de 13 de junio de 2017, *Atutxa Mendiola y otros c. España*, § 43, y de 24 de septiembre de 2019, *Camacho Camacho c. España*, § 30).

Resumiendo el doble contenido de dicha doctrina, la sentencia del Pleno 88/2013, de 11 de abril, concluyó que “de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que

un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal” (FJ 9).

Dicha evolución ha tenido una especial incidencia sobre el tratamiento de las decisiones de condena que revocan un pronunciamiento absolutorio con fundamento en la reconsideración de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito (aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle). Si bien en un primer momento (STC 167/2002), cuando se apoyaban en prueba documental, los debates en torno a su concurrencia fueron valorados como “debates jurídicos” no necesitados de vista pública o inmediación ni de la presencia del acusado, la toma en consideración de la STEDH dictada en el caso *Igual Coll* modificó el sentido de los pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 184/2009, de 7 de septiembre, 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre). Desde entonces, venimos afirmando reiteradamente 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; exigencias éstas que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se cohonestan con la actual estructura procesal del recurso de apelación y casación penal, cuyo ámbito de cognición ha quedado así delimitado” (STC 125/2017, FJ 6). Criterio consolidado y reiterado, entre las sentencias más recientes, en la STC 149/2019, de 25 de noviembre, FJ 2.

En definitiva, constituye un criterio totalmente asentado en nuestra doctrina y coincidente con la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la revisión de los elementos subjetivos del delito constituye una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica. Y, por ello, al margen de ser una inferencia razonadamente justificada, precisa siempre de la audiencia al acusado (SSTEDH de 29 de marzo de 2016, asunto *Gómez Olmedo contra España*; 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola contra España*, 13 de marzo de 2018, asunto *Vilches Coronado y otros contra España*; y 24 de septiembre de 2019, asunto *Camacho Camacho contra España*).

Como ha señalado de modo reciente la sentencia 149/2019, de 25 de noviembre, “En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, [...] es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados” (por todas, asunto *Lacadena Calero contra España*, § 47). O, dicho con nuestras propias palabras, “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 (STC 125/2017, FJ 6)”.

4.3. En mi opinión, la aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite apreciar la existencia de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE), debido a la estimación realizada en la sentencia de casación recurrida de la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado: la intención de los acusados de impedir el normal desarrollo de la actividad parlamentaria.

Tal y como expresan los demandantes y sostiene el ministerio fiscal en las alegaciones presentadas en este proceso constitucional, hemos de tener en cuenta que la doble afirmación realizada por la Sala Penal del Tribunal Supremo para justificar su condena (FJ 5, letra G]) – según la cual la manifestación y los participantes en ella tenían como finalidad impedir la actividad parlamentaria, y que ese era el concreto fin de los recurrentes pues actuaban en el marco de una suerte de acuerdo general de cometer las acciones típicas–, supone dar por probados elementos que no se contemplan en el relato factico de instancia y que, además, difieren de la valoración radicalmente discrepante allí efectuada.

Por lo demás, el examen por el Tribunal Supremo de esos tres elementos –finalidad de la manifestación, intención de los recurrentes y existencia de un acuerdo implícito– no puede ser considerado como un pronunciamiento referido a cuestiones de Derecho, tal y como sostiene la decisión mayoritaria, en tanto implica valorar hechos que son decisivos para la determinación de la culpabilidad de los demandantes sobre los que se apoya la afirmación del significado coactivo y típico de su conducta. Se trata de una cuestión sobre la que no existía pronunciamiento previo del tribunal de primera instancia (al igual que en el caso *Igual Coll c. España*, § 35). En ningún momento la sentencia de la Audiencia Nacional aprecia como definitorio del fin de la manifestación el impedimento de la actividad parlamentaria, ni siquiera imputa a la concentración una objetiva eficacia intimidatoria. De hecho, asume la afirmación de los portavoces de las organizaciones convocantes según la cual “no pretendían paralizar la actividad parlamentaria pero sí tratar de impedir la aprobación del proyecto de presupuestos”.

Con tal proceder, el Tribunal Supremo, en vez de devolver la causa al tribunal de instancia para que completara su análisis realizando el juicio de tipicidad, ha efectuado una nueva valoración de los hechos, a los que otorga un significado y un peso específico diverso al que les confirió la sentencia de instancia y, a partir de ellos, ha realizado un pronunciamiento afirmativo sobre la culpabilidad de los acusados previamente absueltos. En tales condiciones, su audiencia personal era constitucionalmente obligada. La afirmación del Tribunal Supremo admitida por la mayoría, según la cual se respeta el *factum* de instancia y se trata solo de una cuestión de subsunción estrictamente jurídica, no se compadece con la dimensión de su intervención, donde –cuando menos– se produce una modificación inferencial del elemento subjetivo del delito que lleva a afirmar la culpabilidad de los recurrentes, por más que no se modifiquen explícitamente los hechos probados.

En definitiva, tal y como concluimos en la STC 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 8, para afirmar su culpabilidad, el razonamiento del Tribunal Supremo se extendió también en este caso a evaluar la intención de los acusados, que se infiere de los hechos probados completados y

reinterpretados, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin darles la posibilidad de ser oídos personalmente.

En consecuencia, considero que debía haber sido estimada la vulneración denunciada del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa, de la que se sigue necesariamente en el caso actual, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, la consiguiente vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya que la condena dictada en casación se fundamenta, de modo esencial y exclusivo, en la reconsideración de la actividad probatoria practicada en la primera instancia, para declarar la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo que no había sido apreciado anteriormente por el Tribunal sentenciador.

En conclusión, mi discrepancia se extiende a la valoración que la mayoría hace de los tres motivos de amparo que han sido expuestos: entiendo que la conducta de los acusados enjuiciada, por su menor lesividad, no puede ser considerada típica sin desbordar los límites interpretativos que a los órganos jurisdiccionales corresponden (art. 25.1 CE); considero que la pena privativa de libertad impuesta, en la cuantía que lo ha sido, es manifiestamente desproporcionada, dada la evidente relación de las conductas enjuiciadas con el contenido de los derechos de reunión y manifestación alegados (art. 21 CE); aprecio, por fin, que no era constitucionalmente posible acordar en casación la condena de los recurrentes sin vulnerar sus derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa (art. 24.1 y 2 CE), pues su audiencia personal era exigida para poder imputarles una intención delictiva que no había sido apreciada en la instancia. El amparo solicitado debió ser otorgado y, como efecto, debió ser declarada la nulidad de la sentencia condenatoria dictada en casación.

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.