

Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 1406-2020.

Con el máximo respeto a nuestros compañeros de Pleno, manifestamos nuestra discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia, que consideramos que debería haber sido estimatorio por vulneración del derecho de reunión (art. 21 CE), ya que se ha dado una severa respuesta penal frente al ejercicio -aunque fuera extralimitado- de este derecho fundamental generando un indeseado efecto desaliento sobre el mismo; o, en su caso, por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), y de reunión (art. 21 CE), ya que se ha impuesto una sanción desproporcionada penalmente.

Al margen de nuestra discrepancia, entendemos que la sentencia posee una indudable calidad técnica y pone de relieve el esfuerzo del Tribunal para responder a las muchas cuestiones planteadas, en relación con un asunto de una complejidad técnica muy por encima de la media. Este voto particular en nada desmerece ese trabajo ni la argumentación con la que muestra su acuerdo la mayoría del Pleno. Se expresa con la intención de poner de manifiesto la posibilidad, técnica también, de formular un juicio distinto sobre la respuesta penal dispensada a los supuestos de ejercicio, aunque sea extralimitado, del derecho fundamental de reunión, más acorde con una interpretación evolucionada y concordante con la del TEDH de la evitación del efecto desaliento sobre los derechos fundamentales por el recurso a sanciones penales de muy alta gravedad frente a conductas que se desenvuelven dentro de su ámbito material de protección. E, igualmente, de formular un juicio distinto sobre la proporcionalidad de las penas impuestas, más acorde con una interpretación abierta del principio de legalidad y en sintonía con la que está presente en el ámbito de la cultura jurídica común de los países de la Unión Europea. Una visión de los derechos de reunión y a la legalidad sancionadora que encuentran su articulación óptima en la preservación del Estado de Derecho.

1. Han sido muy diversos los derechos fundamentales invocados por el recurrente respecto del procedimiento penal desarrollado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que ha

culminado con su condena a nueve años de prisión y otros tantos de inhabilitación absoluta por la comisión de un delito de sedición.

En sendos votos particulares que formulamos a las SSTC 91/2021, de 22 de abril, y 106/2021, de 11 de mayo, en relación con la condena de otros dos acusados en este mismo procedimiento, ya pusimos de manifiesto que nuestro principal desacuerdo con la posición mayoritaria en la que se sustentaban dichas resoluciones radicaba en lo que consideramos un análisis de constitucionalidad y una resolución final de la invocación del derecho a la legalidad sancionadora, especialmente en la proyección del principio de proporcionalidad penal a la cuantificación de la sanción impuesta por el órgano judicial sentenciador, alejado de la que entendemos una visión más flexible del principio de legalidad penal. Flexibilidad que, a su vez, vinculamos a una perspectiva en la que la defensa del Estado de Derecho y de los principios asociados a esta noción básica de las democracias modernas deben conjugarse con una protección y garantía de los derechos fundamentales incluso de quienes no comparten la misma visión del respeto al Estado de Derecho.

Recordábamos que un análisis alternativo, que nosotros consideramos de mayor corrección constitucional y más respetuoso con el actual estándar en el derecho nacional y europeo de los derechos humanos, hubiera debido desembocar en sendas sentencias estimatorias. Incidíamos en que, sin negar la eventual relevancia penal de la conducta enjuiciada, hubiera debido acordarse en ambos casos la necesidad de una cuantificación de la pena acorde con el principio de proporcionalidad penal en atención a la gravedad de la conducta enjuiciada y a su vinculación con el contexto del ejercicio de derechos fundamentales sustantivos.

En el presente caso, debemos remitirnos a los razonamientos expuestos en los citados votos particulares para insistir que también hubiera sido procedente estimar el presente recurso de amparo, al menos, por dicho motivo.

2. En este recurso de amparo, además, concurren circunstancias singulares que, tal como también expusimos en la deliberación, abonaban la necesidad de establecer como causa principal de la estimación del recurso de amparo la vulneración del derecho de reunión (art. 21 CE) y no solo a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

La conducta de este recurrente, habida cuenta de su condición de presidente de una organización de la sociedad civil y de la concreta participación en los hechos por los que ha sido condenado, se desenvolvía dentro del ámbito material del derecho fundamental de reunión con mayor claridad que la de otros condenados. Por tanto, aun considerando que dicha conducta se extralimitara en el ejercicio legítimo de ese derecho fundamental, entendemos que recurrir al derecho penal y a la imposición de una pena privativa de libertad en la extensión que ha sido aplicada -nueve años de prisión y de inhabilitación absoluta- implica una respuesta indebida que provoca un efecto desaliento en el ejercicio de este derecho fundamental incompatible con su relevancia y posición institucional en una sociedad democrática plena y avanzada.

El proceso argumental que nos ha llevado a defender esta conclusión durante la deliberación es, en parte, coincidente con el de la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia. Compartimos con la posición mayoritaria el parámetro de control de constitucionalidad establecido para el análisis de la invocación del derecho de reunión y la amplitud con la que se valora el ámbito material de protección de este derecho fundamental. Esta argumentación es la que lleva a la posición mayoritaria a defender que la conducta del recurrente se desenvolvía dentro de dicho ámbito material. Sin embargo, disentimos con la posición mayoritaria respecto de las posibilidades de injerencia legítima en este derecho mediante el recurso al derecho penal, al sostener que en este caso una sanción penal de la gravedad de la impuesta es una injerencia legítima respetuosa con el derecho de reunión.

A esos efectos, y para posibilitar la mayor claridad expositiva, aunque pueda resultar reiterativo con la posición expuesta por la mayoría, resulta adecuado abordar (i) el parámetro o estándar de constitucionalidad vinculado a la reacción penal frente al ejercicio de un derecho fundamental sustantivo; (ii) el análisis de los supuestos de injerencia legítima en el ejercicio del derecho de reunión y sus límites; para finalizar con (iii) la proyección y aplicación que consideramos hubiera sido más adecuada en este caso del derecho fundamental de reunión en respeto a su posición institucional en nuestro sistema constitucional -y de integración en el Consejo de Europa y la Unión Europea- de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

I. Los problemas de constitucionalidad del uso de la sanción penal frente a conductas desarrolladas en el ámbito material del ejercicio de los derechos fundamentales

3. La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia acepta que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y la del TEDH, el parámetro de constitucionalidad que debe aplicarse en aquellos casos en que se acude al sistema de justicia penal para sancionar conductas que se desenvuelven en el ámbito material del ejercicio de derechos fundamentales cuenta con tres secuencias de control:

(i) La verificación de que la conducta objeto de sanción penal se desarrolla dentro del ámbito sobre el que se proyecta el derecho fundamental, lo que ya implicaría, por razón de la materia, la necesidad de ponderar la afectación del derecho fundamental concernido a partir de la respuesta penal.

(ii) La comprobación de que la conducta penalmente sancionada, en atención al haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga el derecho fundamental concernido, se ha desarrollado plenamente dentro del ámbito constitucionalmente protegido por este derecho -esto es, representa un ejercicio legítimo del derecho-, lo que implicaría una inmunidad frente a cualquier actuación e injerencia del poder estatal, también la derivada de la potestad sancionatoria, a partir de la premisa de que una conducta no puede ser a un mismo tiempo valorada como un acto de ejercicio de un derecho fundamental y como constitutiva de un ilícito de cualquier naturaleza. En tal caso la reacción sancionatoria debe ser considerada una injerencia injustificada en el derecho fundamental sustantivo lesiva del mismo.

(iii) La comprobación de que la sanción penal de la conducta -incluso cuando dicha conducta no pueda considerarse como legítimo ejercicio del derecho fundamental concernido por haberse sobrepasado sus límites de protección estricta- supone una injerencia en dicho derecho que, además de estar prevista expresamente como delito y perseguir un fin legítimo, resulta necesaria y proporcionada para la consecución de este fin legítimo en evitación del efecto desaliento que provocaría sobre el propio sujeto sancionada y la colectividad para el ejercicio del derecho fundamental. En tal caso la reacción penal debe ser considerada una injerencia desproporcionada en el derecho fundamental sustantivo lesiva del mismo.

4. Ninguna objeción hay que realizar a esta posición de principio aceptada por la mayoría, que, por otra parte, viene a coincidir con la que ya mantuvimos en el voto particular que formulamos a la STC 192/2020, de 17 de diciembre, en un supuesto de sanción penal del ejercicio de la libertad de expresión.

En aquel caso, como en el presente, nuestra discrepancia con la mayoría se fundamenta no tanto en la formulación general del parámetro de constitucionalidad aplicable en aquellos supuestos en que se acude al sistema de justicia penal para sancionar conductas que se desenvuelven en el contexto del ejercicio de derechos fundamentales como en el análisis de la amplitud del derecho fundamental concernido -en este caso, el derecho de reunión (art. 21 CE)- y, especialmente, las posibilidades de injerencia en este derecho mediante el recurso de la sanción penal a las conductas que se desenvuelven en conexión con su ámbito de protección y la valoración concretamente realizada sobre la legitimidad -justificación y proporcionalidad- de la injerencia en este derecho en forma de la sanción penal de nueve años de prisión impuesta al recurrente en el presente caso.

II. Las posibilidades de injerencia legítima -justificada y proporcional- mediante el recurso al sistema de justicia penal en el ejercicio del derecho de reunión

5. La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia solo aborda el análisis de la eventual afectación al derecho de reunión del recurrente por la imposición de la sanción penal con ocasión del juicio de proporcionalidad penal como garantía del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Ello ha implicado que no se haya profundizado en determinados aspectos relevantes para el más correcto enjuiciamiento del caso desde la perspectiva del derecho de reunión, sobre los que ha incidido especialmente la jurisprudencia del TEDH, que ha desarrollado un amplio y casuístico tratamiento de los supuestos de injerencia en este derecho. A esos efectos, es preciso destacar determinadas ideas tanto en relación con el propio ámbito material de protección de este derecho como, especialmente, respecto de la legitimidad de su injerencia mediante el recurso al sistema de justicia penal.

6. El ámbito material de protección del derecho de reunión se extiende a cualquier tipo de reuniones o manifestaciones pacíficas, en el sentido de que los organizadores y los participantes no tengan intenciones violentas, inciten a la violencia o impliquen la negación de los fundamentos de una sociedad democrática (así, SSTEDH de 24 de julio de 2012, *caso Fáber c. Hungría*, § 37; de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 92; de 25 de julio de 2017, *caso Annenkov y otros c. Rusia*, § 122; o de 15 de noviembre de 2018, *caso Navalnyy c. Rusia*, § 98).

El TEDH ha hecho especial incidencia en que lo relevante para que la reunión se desenvuelva dentro del ámbito material de protección de este derecho no es tanto que se hayan producido actos de violencia en el contexto de la reunión o manifestación, sino que, incluso tratándose de manifestaciones prohibidas, no quede acreditada una intención violenta en sus convocantes o participantes. Así, se establece que una persona no deja de disfrutar del derecho de reunión pacífica como resultado de violencia esporádica u otros actos punibles cometidos por otros en el curso de la manifestación si la persona en cuestión permanece pacífica en sus propias intenciones o comportamiento (SSTEDH de 12 de junio de 2014, *caso Primov y otros c. Rusia*, § 155; de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 94; de 25 de julio de 2017, *caso Annenkov y otros c. Rusia*, § 124; o de 6 de octubre de 2020, *caso Laguna Guzmán c. España*, § 35). Igualmente, que, incluso si existe un riesgo real de que una manifestación pública sea la causa de disturbios debido a eventos fuera del control de los organizadores, esta manifestación, por esta sola razón, no queda fuera de la protección del este derecho, siendo exigible que cualquier restricción impuesta cumpla las exigencias de la legitimidad de la limitación del derecho (así, STEDH de 18 de junio de 2013, *caso Gün y otros c. Turquía*, § 51; de 15 de mayo de 2014, *caso Taranenko c. Rusia*, § 66; o de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 94).

Por lo que se refiere al contenido y objeto de la reunión o manifestación, el TEDH ha establecido que queda protegido por el derecho de reunión pacífica cualquier manifestación que puede molestar u ofender a personas que se oponen a las ideas que se pretenden promover por muy chocantes e inaceptables que puedan parecer a las autoridades determinadas opiniones (STEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 145). Ese ámbito de protección se extiende también a los casos en que el objeto de la reunión o manifestación implique la promoción de cambios constitucionales radicales, incluyendo reivindicaciones independentistas de una parte del territorio (así, decisión del TEDH de 7 de mayo de 2019, *caso Forcadell i Lluís y otros c. España*, en relación con la STEDH de 30 de junio de 2009, *caso Herri Batasuna y Batasuna c. España*, § 79). Sin embargo, no quedan protegidas por el ámbito material de este derecho la promoción, aunque sea de forma no violenta, de ideas contrarias a los principios materiales de una sociedad democrática como pueden ser, por ejemplo, posiciones antisemitas (así, decisión del TEDH de 12 de junio de 2012, *caso Partido de la Liberación y otros c. Alemania*).

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH también ha destacado que el mero hecho de que pueda existir en los convocantes o participantes una intención o conducta penalmente ilícita, siempre que no resulte violenta, tampoco es suficiente para excluir el ámbito de aplicación de este derecho fundamental. Así, por ejemplo, en la STEDH de 15 de mayo de 2014, *caso Taranenko c. Rusia*, no hubo ninguna objeción por razón de la materia para considerar concernido el derecho de reunión pacífica -e incluso para concluir que fue lesionado- un supuesto de ocupación por manifestantes de la zona de recepción de un edificio público, en las que provocaron daños, exigiendo una reunión con los responsables de la Administración pública y denunciando el incumplimiento de la Constitución; como tampoco en la STEDH de 25 de julio de 2017, *caso Annenkov y otros c. Rusia*, referido a la ocupación permanente de un inmueble de propiedad privada en protesta por su cesión a una empresa privada y hasta que se aclararan los aspectos relativos a la legalidad de su demolición; o en la STEDH de 9 de abril de 2002, *caso Cisse c. Francia*, ante la ocupación durante casi dos meses de una iglesia católica. Lo mismo sucedió en el caso de la STEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, referido al mantenimiento del bloqueo al tráfico rodado de una vía pública durante tres días.

Del mismo modo, el TEDH tampoco ha excluido por razón de la materia la aplicación del parámetro de control relativo al derecho de reunión pacífica de aquellos supuestos en los que las manifestaciones se desarrollan en protesta, oposición o contradicción con resoluciones de las autoridades estatales. Así, por ejemplo, el TEDH no excluyó que se tratara de una reunión pacífica el llamamiento de un candidato presidencial a sus seguidores para que se concentraran contra las irregularidades que supuestamente habían ocurrido en el proceso electoral, anunciando que las elecciones no habían sido libres ni justas, a pesar de que la Comisión Electoral había ratificado el resultado de las elecciones, provocando con ellos la celebración de reuniones públicas masivas de protesta diarias en muchas ciudades del país, algunas con ocupaciones continuadas durante días de espacios públicos, teniendo una activa participación con la emisión de discursos dos o tres veces diarias a los congregados en la que pedía regularmente que continuaran las protestas masivas. Todo ello culminó con la dispersión por la fuerza pública de los manifestantes que se mantuvieron en situación de reuniones masivas en otros lugares de la ciudad produciéndose enfrentamientos entre manifestantes y agentes del orden con el resultado de diez muertos y numerosos heridos (STEDH de 25 de abril de 2019, *caso Ter-Petrosyan c. Armenia*, §§ 8 a 25 y 53). También puede citarse el supuesto de celebración de una reunión, cuyo objetivo era denunciar y condenar la conducta de malversación de fondos públicos, que había sido prohibida porque las autoridades policiales, de la fiscalía y de control contable ya habían investigado esas

acusaciones y habían llegado a la conclusión de que no tenían fundamento (STEDH de 12 de junio de 2014, *caso Primov y otros c. Rusia*, § 7) o la negativa a disolver una reunión tras recibir un requerimiento expreso de la autoridad competente, haciendo un llamamiento a mantener la concentración (STEDH de 5 de enero de 2016, *caso Frumkin c. Rusia*).

Otros casos relevantes en que tampoco se niega que quedan dentro del ámbito material de protección del derecho de reunión pacífica a pesar de ser en oposición a resoluciones de cortes constitucionales, son (i) el resuelto en la STEDH de 11 de octubre de 2018, *caso Tuskia y otros c. Georgia*, en que diversos manifestantes, incluyendo algunos miembros del Gran Consejo Académico de una Universidad, que había desaparecido en virtud de una norma estatal cuya constitucionalidad había sido confirmada por el Tribunal Constitucional, afirmaron mantener sus competencias, en desacato del mismo, nombrando un nuevo rector de la Universidad, ocupando determinadas dependencias de la Universidad e invadiendo el despacho del rector nombrado por la nueva norma estatal exigiéndole su dimisión; y (ii) el resuelto en la decisión del TEDH de 7 de mayo de 2019, *caso Forcadell i Lluís y otros c. España*, en que tampoco se objetó la posibilidad de analizar bajo la invocación del derecho de reunión la suspensión de una sesión parlamentaria en aplicación de una resolución de este Tribunal Constitucional.

En conclusión, a nuestro juicio, habría sido necesario, con fundamento en el art. 10.2 CE, en relación con la jurisprudencia del TEDH, que se hubiera concretado, dentro del parámetro de control de constitucionalidad relativo al derecho de reunión, de manera más precisa y matizada lo siguiente:

(i) El ámbito de protección material de este derecho alcanza a toda reunión o manifestación pacífica, entendiéndose por tal aquella que, con independencia de la radicalidad del mensaje y de las reivindicaciones sostenidas, los organizadores y los participantes no tengan intenciones violentas, ni inciten a la violencia o impliquen la negación de los fundamentos de una sociedad democrática.

(ii) El carácter pacífico de una reunión o manifestación no queda negado (a) por la circunstancia de que se hayan producido actos de violencia en su contexto, incluso si existía un riesgo real de que por la naturaleza de la situación pudieran causarse disturbios, si la persona en cuestión permanece pacífica en sus propias intenciones o comportamiento, (b) ni por el mero hecho de que pudiera existir en los convocantes o participantes una intención o conducta

penalmente ilícita, siempre que no resulte violenta -ocupaciones, pequeños daños, obstrucción de la circulación, etc.- (c) ni que se desarrollen en protesta, oposición o contradicción con resoluciones de las autoridades competentes, incluyendo reuniones expresamente prohibidas.

7. La circunstancia de que una determinada conducta o acto quede dentro del ámbito material del derecho de reunión no implica, lógicamente, que cualquier restricción o injerencia quede constitucionalmente prohibida. No obstante, las eventuales restricciones o injerencias de que sea objeto quedan sometidas a los estrictos requisitos que legitiman este tipo de limitaciones: previsión normativa, persecución de un fin legítimo, necesidad y proporcionalidad.

Las injerencias o restricciones que plantean mayores problemas son, precisamente, las que consisten en la represión penal de las conductas que se desenvuelven en el ámbito material del derecho de reunión. Estas injerencias, en principio, no suelen plantear problemas desde la perspectiva de su previsión normativa -protegida además por el derecho a la legalidad sancionadora- ni la persecución de un fin legítimo -normalmente vinculado a la protección del orden público o de los intereses o valores constitucionalmente tutelados por el tipo penal correspondiente-. Sin embargo, deben ser objeto de un muy especial e intenso escrutinio desde la perspectiva de su necesidad y proporcionalidad por suponer la más grave injerencia en el derecho de reunión en atención a la radicalidad de la respuesta estatal que afecta a otros derechos fundamentales sustantivos -los que son objeto de privación como consecuencia de la pena- y por su especial intensidad sobre el propio derecho de reunión por el devastador efecto desaliento y desincentivador que tiene tanto sobre el sujeto sancionado como sobre la colectividad en el ejercicio de una libertad pública sin la que no puede entenderse el concepto mismo de democracia constitucional. Ese escrutinio debe ser más estricto cuanto más severa en lo cualitativo y en lo cuantitativo es la respuesta sancionadora estatal.

La jurisprudencia del TEDH se desarrolla en este contexto de pensamiento, al establecer de manera reiterada que dentro del término restricciones o injerencias aplicables al derecho de reunión pacífica están las medidas punitivas adoptadas como consecuencia del desarrollo de la reunión siempre que (i) exista un vínculo claro y reconocido entre el ejercicio de ese derecho y la sanción impuesta (así, SSTEDH de 4 de diciembre de 2014, *caso Navalnyy y Yashin c. Rusia*, § 52; o de 14 de enero de 2020, *caso Varoğlu Atik y otros c. Turquía*, § 29), que se extiende incluso a los casos de absolución derivado del mero hecho de la existencia de un procesamiento penal (SSTEDH de 29 de noviembre de 2007, *caso Balçık y otros c. Turquía*, § 41; o de 18 de

diciembre de 2007, *caso Nurettin Aldemir y otros c. Turquía*, §§ 34-35); y (ii) se persiga un objetivo legítimo de preservación del orden público y/o la protección de los derechos y libertades de terceros (STEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 140), lo que suele estar presente en aquellos supuestos en que en el ejercicio del derecho de reunión, aunque se desarrolle de manera pacífica, concurren intenciones que no formen parte del núcleo esencial del este derecho como es la obstrucción al cumplimiento de decisiones adoptadas legítimamente por las autoridades competentes (STEDH de 11 de octubre de 2018, *caso Tuskia y otros c. Georgia*, §§ 76 a 87; o decisión del TEDH de 7 de mayo de 2019, *caso Forcadell i Lluís y otros c. España*, §§ 32 y 33).

Igualmente, la jurisprudencia del TEDH ha incidido en que no basta con que la sanción impuesta persiga un fin legítimo, sino que es exigible, además, que sea necesaria en una sociedad democrática, lo que implica que exista una proporcionalidad de esta respuesta penal con el fin legítimo perseguido, en el sentido de que se ponderen debidamente, por un lado, la presencia de los fines legitimadores de esta intervención punitiva, su necesidad para la protección los intereses y valores que se pretenden tutelar y, por otro, el sacrificio que todo ello implica del derecho de reunión (SSTEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 144; o de 15 de noviembre de 2018, *caso Navalnyy c. Rusia*, § 128).

Del mismo modo, la jurisprudencia del TEDH ha hecho especial énfasis en que cualquier injerencia en forma de intervención del sistema penal o de cualquier respuesta punitiva conlleva un efecto de disuasión sobre quienes resultan afectados por estas restricciones y sobre las personas que pudieran tener interés en ejercitar este derecho en el futuro -bien organizando bien participando en reuniones similares-, con el empobrecimiento de un debate público abierto que ello supone (STEDH de 29 de noviembre de 2007, *caso Balçık y otros c. Turquía*, § 41), destacando que el efecto desaliento puede quedar amplificado cuando estas medidas represivas se dirigen a una figura pública conocida o relevante (STEDH de 31 de julio de 2014, *caso Nemtsov c. Rusia*, § 78).

Por último, también la jurisprudencia del TEDH ha establecido que la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia o restricción, incidiendo en que (i) una manifestación pacífica no debería, en principio, quedar sujeto a la amenaza de una sanción penal y particularmente a una pena privativa de libertad y (ii) las sanciones de naturaleza penal requieren una justificación

particular debiendo ser objeto de un examen especialmente cuidadoso (SSTEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 146 o de 15 de noviembre de 2018, *caso Navalnyy c. Rusia*, § 128). En ese sentido, también el TEDH ha puesto de manifiesto que la imposición de largas penas de prisión puede ser considerada desproporcionada en los casos de enfrentamientos sin armas con la policía o situaciones como el lanzamiento de piedras u otros objetos sin causar lesiones graves (SSTEDH 19 de enero de 2016, *caso Gülcü c. Turquía*, § 115; de 4 de octubre de 2016, *caso Yaroslav Belousov c. Rusia*, §§ 177 a 180; o de 30 de enero de 2018, *caso Barabanov c. Rusia*, §§ 74-75).

En conclusión, a nuestro juicio, habría sido necesario, con fundamento en el art. 10.2 CE, en relación con la jurisprudencia del TEDH, que se hubiera concretado, dentro del parámetro de control de constitucionalidad relativo al derecho de reunión, de manera más precisa y matizada lo siguiente:

(i) La sanción penal como consecuencia de la convocatoria o participación en una reunión pacífica es una injerencia en el derecho de reunión pacífica por lo que, además de ser una medida prevista legalmente, debe (a) perseguir un objetivo legítimo de preservación del orden público y/o la protección de los derechos y libertades de terceros; y (b) ser necesaria y proporcionada con el sacrificio que implica tanto para el derecho afectado por el contenido de la sanción impuesta como para el propio derecho de reunión por el efecto desaliento que puede generar sobre su ejercicio, exigiendo una justificación y análisis de legitimidad especialmente intensos.

(ii) La sanción penal consistente en largas penas de prisión por la convocatoria o participación en reuniones pacíficas en que pueda haber enfrentamientos sin armas con fuerzas del orden público u otros incidentes como lanzamientos de objetos sin causar lesiones graves deben ser consideradas, en principio, desproporcionadas.

III. La aplicación del parámetro de constitucionalidad del derecho de reunión a la conducta por la que fue condenado el recurrente a una pena de nueve años de prisión y de inhabilitación absoluta.

8. Las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo han mantenido que no cabía tomar en consideración la invocación del derecho de reunión (art. 21 CE) con la siguiente argumentación:

(i) La conducta del recurrente era de oposición activa y concertada, mediante la interposición física de las personas a las que convocaban, frente a actuaciones de agentes de la autoridad que contaban con respaldo legal y constitucional encaminadas a dar cumplimiento a un específico y muy concreto mandato judicial como era impedir que una votación prohibida se llevase a cabo, desbordando “totalmente los linderos de lo que ha de considerarse legítimo derecho de reunión para la exteriorización de la protesta o crítica por la actuación de los poderes públicos” (apartado 17.5.2 de la sentencia condenatoria impugnada).

(ii) Según el auto impugnado en amparo, la jurisprudencia del TEDH excluye del ámbito material de protección del derecho de reunión pacífica, no solo la incitación a la violencia, sino también “al levantamiento («soulèvement» en versión francesa, «uprising» en la versión inglesa) o a cualquier otra forma de rechazo a los principios democráticos”; concluyendo que “en tales supuestos de exclusión de la protección del derecho de reunión o manifestación no concurre necesariamente la violencia. Se presentan como una modalidad alternativa a la violencia, en cuanto que no resulta amparable la manifestación que comporta desprecio de los principios democráticos. Esta idea se refuerza si, como en el caso que centra nuestra atención, se recurre a vías de hecho que conducen a la imposición de una normativa anticonstitucional, aprobada con desprecio de las minorías”. A partir de ello, se insiste en que la conducta del recurrente no queda amparada en el concepto de reunión pacífica (apartado 2.5 del auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones impugnado, al que se remitiría el apartado 4.2.5 de dicho auto para resolver la invocación del recurrente).

Por tanto, en la vía judicial ordinaria, el argumento para excluir cualquier tipo de consideración del derecho de reunión es que la conducta del recurrente se desarrolló fuera de su ámbito material de protección. Los actos convocados por el recurrente y su participación en los mismos carecían de la connotación de una “reunión pacífica”, ya que su objetivo era evitar de manera coactiva, mediante su capacidad de movilización pública y masiva, la ejecución de una resolución judicial cuyo objetivo era impedir la imposición de una normativa antidemocrática por haber sido aprobada con desprecio a las reglas esenciales del derecho y el respeto a las minorías.

9. La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, por el contrario, parece no controvertir que la conducta del recurrente se desarrollaba dentro del ámbito material de protección del derecho de reunión. Concentra su fuerza argumental en que el derecho de reunión

no es un derecho absoluto y que, en este caso, la restricción que supone la respuesta penal supone una injerencia necesaria, ya que estaba dirigida al fin legítimo de la protección de la efectividad de resoluciones jurisdiccionales tendentes a evitar la proclamación de la independencia de una parte del territorio fuera de los cauces constitucionales que lo hubieran posibilitado [apartado 12.5.2.3.B)].

10. Una recta interpretación del derecho de reunión, en línea con la efectuada por el TEDH, determina que la conducta del recurrente queda dentro del ámbito material de protección del derecho de reunión pacífica. El argumento sostenido en las resoluciones judiciales impugnadas de que los actos desarrollados el 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 no tienen siquiera cobertura en el concepto de reunión pacífica -presupuesto para que pueda ser tomada en consideración las garantías del derecho de reunión- no es acorde con la jurisprudencia de este Tribunal y del TEDH en la materia.

No es controvertido por las resoluciones judiciales impugnadas que, con carácter general, los hechos en que se fundamenta la condena del recurrente no implicaron un nivel de violencia necesario para excluir su calificación de concentraciones de carácter pacífico a los efectos del ámbito material del derecho fundamental de reunión. De hecho, la condena del recurrente se basó en un precepto penal que no exige como medio comisivo la violencia y en la resolución impugnada se hizo especial incidencia en que el medio comisivo concurrente era el “extravío – actuar fuera de las vías legales–, del procedimiento ordenado a los ilícitos e inconstitucionales objetivos”. Por otra parte, también es destacable que las resoluciones impugnadas no establecen ninguna conexión del recurrente como convocante o participante con los esporádicos actos de violencia que pudieran estar presentes en estas concentraciones y que reconocen expresamente el concreto compromiso del recurrente con la no violencia y los generales llamamientos de los convocantes a que las concentraciones se desarrollaran de manera pacífica y sin enfrentamientos con los agentes de la autoridad.

Ahora bien, no se comparte la posición de la resolución judicial impugnada de incluir en la categoría de “reunión que de cualquier otro modo implique el rechazo a los fundamentos de una sociedad democrática”, a la que se refiere la jurisprudencia del TEDH, para justificar que, prima facie, queda al margen del ámbito material del derecho de reunión. Las razones por las que rechazamos esta consideración de las resoluciones impugnadas son las siguientes:

(i) La jurisprudencia del TEDH, como ya se ha desarrollado anteriormente, solo excluye el carácter pacífico de la reunión en los supuestos de que las concentraciones tengan intenciones violentas, inciten a la violencia o impliquen la negación de los fundamentos de una sociedad democrática (así, por ejemplo, STEDH de 15 de noviembre de 2018, *caso Navalnyy c. Rusia*, § 98). Las referencias contenidas en el auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones impugnado a la idea de “incitación a un levantamiento” como excluyente de reunión pacífica se fundamenta en sendas resoluciones del TEDH (SSTEDH de 8 de diciembre de 1999, *caso Partido de la libertad y de la democracia (ÖZDEP) c. Turquía*, § 40; y de 3 de febrero de 2005, *caso Partido comunista (Nepecehisti) y Ungureanu c. Rumania*, § 54), que no aparecen directamente referidas al derecho de reunión pacífica sino de asociación o creación de partidos políticos y se utiliza como parámetro de control de análisis de decisiones de disoluciones de partidos políticos con referencia directa al objetivo de subvertir el orden establecido por medios del uso de la violencia. De hecho, esa misma referencia aparece en idénticos contextos en las SSTEDH 25 de mayo de 1998, *caso Partido socialista y otros c. Turquía*, § 46; y de 25 de septiembre de 2012, *caso Sindicato de Trabajadores de la Educación y la Ciencia c. Turquía*, § 75.

Por otra parte, en atención a la propia valoración que se hace en las resoluciones condenatorias de que la pretensión real de los condenados “era presionar al Gobierno de la nación para negociar un referéndum, éste sí, susceptible de homologación” (apartado 5.2.3 del auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, con reproducción literal de la sentencia condenatoria), parece difícil asumir como posición de principio para excluir del ámbito material del derecho de reunión que la conducta del recurrente venía animada por la intención de incitar a un levantamiento en el sentido utilizado por la jurisprudencia del TEDH.

(ii) Tampoco cabe asumir como argumento para excluir la conducta del recurrente del ámbito material del derecho de reunión, el utilizado en las resoluciones judiciales impugnadas de que implicaba una negación de los principios democráticos, por el hecho de tener como telón de fondo la oposición abierta o resistencia activa a la ejecución de resoluciones judiciales cuyo objetivo era impedir la imposición de una normativa antidemocrática aprobada con desprecio a las reglas esenciales del derecho y el respeto a las minorías parlamentarias.

Ya se ha destacado anteriormente que la jurisprudencia del TEDH utiliza la referencia a la negación de los valores y principios democráticos -con efectos equivalentes al uso o incitación de la violencia para negar el carácter pacífico de una reunión- a que tengan como objeto la

promoción de ideas conexas a las que pueden ser consideradas discurso del odio. Además, es constante la referencia que en la jurisprudencia de TEDH se hace a que el carácter pacífico de una reunión, como presupuesto para considerar que se desenvuelve dentro del ámbito material de protección de este derecho, no queda negado por el mero hecho de que pudiera existir en los convocantes o participantes una intención o conducta penalmente ilícita o que se desarrollara en protesta, oposición o abierta contradicción con resoluciones de las autoridades competentes, incluyendo las judiciales. Ya se han citado ejemplos de resoluciones del TEDH en que la circunstancia de que la convocatoria lo fuera en abierto desacato y contradicción con decisiones de cortes constitucionales no era suficiente para negarles su carácter de reunión pacífica, sin perjuicio de la posibilidad de que fueran objeto de restricciones legítimas (así, por ejemplo, STEDH de 11 de octubre de 2018, *caso Tuskia y otros c. Georgia*, o decisión de inadmisión de 7 de mayo de 2019, *caso Forcadell i Lluís y otros c. España*).

Por tanto, debemos insistir en que, con independencia de la relevancia que pueda tener en la valoración sobre la legitimidad de la restricción aplicada en forma de sanción penal, no resulta posible excluir la conducta del recurrente del ámbito material de afectación del derecho de reunión.

11. Coincidimos con la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia en que la conducta del recurrente de convocar y participar en las concentraciones de los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, precisamente por estar animadas por la finalidad no solo de protestar contra unas concretas decisiones jurisdiccionales sino de impedir o, al menos, obstaculizar su efectividad, podía ser objeto de una restricción legítima con fundamento en razones de protección del orden público. No creemos que sea necesario insistir ni profundizar en ello.

12. El problema central del control de constitucionalidad de la decisión judicial de imponer al recurrente una pena de nueve años de prisión y de inhabilitación por la convocatoria y participación en los hechos del día 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 es, por tanto, determinar si esa decisión judicial supuso una injerencia necesaria y proporcionada en su derecho de reunión para la consecución del objetivo legítimo de preservación de valores constitucionales prevalentes.

A esos efectos, tal como sostuvimos en la deliberación, al margen de los problemas de proporcionalidad estrictamente penal que planteaba la condena -en línea con lo que ya argumentamos en los votos particulares formulados a las SSTC 91/2021, de 22 de abril, y 106/2021, de 11 de mayo-, consideramos que, en las circunstancias del caso, el recurso mismo al sistema de justicia penal para imponer una sanción de tal gravedad al recurrente es desproporcionado y lesivo del derecho de reunión por el efecto desaliento que para el ejercicio de este derecho puede implicar. Las razones que nos llevan a sustentar esta conclusión son las siguientes:

(i) El recurrente era el líder de una asociación de la sociedad civil y no un político en el momento de los hechos por los que ha sido condenado. La consideración del derecho de reunión como una de las libertades esenciales de la democracia, por su conexión con la garantía de asegurar un foro para el debate público y la expresión abierta de protesta incluso en relación con temas que puedan incomodar o molestar al poder, adquiere su máxima dimensión en relación con la actuación de grupos sociales y asociaciones, ya que, como ha destacado la jurisprudencia constitucional, “su configuración como expresión del principio democrático participativo adquiere mayor relevancia, si cabe, al ser este derecho, en la práctica, para muchos grupos sociales uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones” (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 6). Por otra parte, el hecho de que fuera el máximo representante de un grupo de la sociedad civil de gran proyección pública y de que su condena haya sido acompañada de la del líder de otra organización de la sociedad civil de igual relevancia pública inciden, en los términos ya expuestos por el TEDH, en la amplificación del efecto desaliento (STEDH de 31 de julio de 2014, *caso Nemtsov c. Rusia*, § 78).

De ese modo, si con carácter general cualquier limitación al derecho de reunión debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en el recurrente concurren las citadas circunstancias subjetivas que hubieran debido llevar a hacer un especial escrutinio sobre la singular afectación que su represión penal podría generar en el derecho fundamental de reunión.

(ii) La circunstancia que ha legitimado la restricción del derecho de reunión del recurrente ha sido, en los términos expuestos por la resolución condenatoria impugnada, su contribución, dentro de una actuación concertada con otros actores políticos y sociales, a la movilización ciudadana para “neutralizar cualquier manifestación de poder emanada de las autoridades

judiciales y gubernativas del Estado” contra la efectividad de la cobertura jurídica creada para la consecución del acto fundacional de la República de Cataluña (hecho probado 3), que se había concretado, por un lado, en sucesivas suspensiones de normativa autonómica por el Tribunal Constitucional y, por otro, en diversas decisiones judiciales para hacer efectivo su cumplimiento, como eran una diligencia de entrada y registro fijada para el 20 de septiembre de 2017 en una sede de la administración autonómica (hecho probado 9) y la orden de incautación de todo el material electoral y de prohibición de celebración de los actos de votación (hecho probado 10).

Las conductas de “neutralización” realizadas por el recurrente, junto con el líder de otra organización de la sociedad civil también condenado, que se consideran punibles en la resolución impugnada son:

(a) El 20 de septiembre de 2017, la movilización de la ciudadanía ante la sede administrativa que iba a ser objeto de registro judicial publicitando por medio de las redes sociales esa actuación judicial, con el resultado de que la alta concentración de personas, en la que tuvieron una activa participación directiva ambos líderes sociales, impidió el normal desarrollo de la diligencia y se causaron desperfectos en vehículos policiales (hecho probado 9).

(b) El 1 de octubre de 2017, alentaron “a los ciudadanos, a través de mensajes de Twitter y de los medios de comunicación, a ocupar los centros de votación antes de la hora en la que estaba ordenada la intervención de la policía autonómica, y les exhortaron a que impidieran que los agentes policiales pudieran proceder a su clausura y a la retirada del material electoral” (hecho probado 9.2), con el resultado de que la cifra total de personas que fueron a votar ascendió a 2.286.217 (hecho probado 4) y de que “en diversos lugares de la geografía catalana se produjeron enfrentamientos entre miembros de las fuerzas de seguridad y ciudadanos que participaban en la emisión de voto, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes” y, en otros, las agentes policiales debieron desistir de su objetivo ante la imposibilidad de vencer la resistencia de esos grupos de personas (hecho probado 12).

Este relato de hechos probados pone de manifiesto que tanto las convocatorias como la propia participación del recurrente en ambos días lo fueron en términos estrictamente pacíficos, aunque con esporádicos actos de violencia física que, aun pudiendo ser previsible en atención a la situación social e institucional concurrente en aquellos momentos en Cataluña, se produjeron

fuera del control del recurrente que, de manera reconocida, permaneció pacífico en sus propias intenciones y comportamiento.

Los llamamientos a la movilización lo fueron con la finalidad expresa de promover una actitud desobediente a resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en defensa del respeto a procedimientos democráticos de decisión, lo que posibilita justificar una restricción legítima del derecho de reunión en forma de sanción para preservar el valor constitucional ínsito en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto a las reglas democráticas. No obstante, hay que insistir en que acudir a la represión penal de estas conductas y a la imposición de penas privativas de libertad de tan larga duración como las aplicadas al recurrente en ausencia de violencia tiene un tan severo impacto desalentador sobre el ejercicio del derecho fundamental de reunión, que ha llevado a la jurisprudencia del TEDH a considerar que es una injerencia desproporcionada (SSTEDH de 15 de octubre de 2015, *caso Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 146 o de 15 de noviembre de 2018, *caso Navalnyy c. Rusia*, § 128).

(iii) La consideración de que la respuesta penal a la conducta del recurrente y la severa limitación que ello implica de su derecho de reunión resulta proporcionada se ha hecho radicar en la gravedad de los valores constitucionales lesionados con su conducta. El relato de hechos probados que ha dado lugar a la condena del recurrente pone de manifiesto, como ya se ha expuesto, que la real gravedad de la conducta no reside tanto en que las convocatorias se celebraran con la finalidad de oponerse a la ejecución de una resolución jurisdiccional, sino en que dicha finalidad era, además, instrumental para un objetivo de mayor lesividad constitucional como posibilitar dar efectividad a la cobertura jurídica creada para la consecución del acto fundacional de la República de Cataluña con infracción de los procedimientos constitucionales vigentes.

No cabe negar la justificación de una injerencia en el derecho de reunión del recurrente mediante la imposición de una sanción administrativa derivada de una convocatoria pública que tiene el objetivo de obstruir la ejecución de resoluciones jurisdiccionales. Sin embargo, no podemos compartir que el recurso a la represión penal del recurrente se fundamente en que, además, resultara necesario tomar en consideración el supuesto riesgo de que con su conducta pudiera darse efectividad, al margen de los mecanismos y procedimientos constitucionales establecidos al efecto, a la independencia de Cataluña.

El relato de hechos probados es categórico al establecer que “todos los acusados ahora objeto de enjuiciamiento eran conscientes de la manifiesta inviabilidad jurídica de un referéndum de autodeterminación que se presentaba como la vía para la construcción de la República de Cataluña. Sabían que la simple aprobación de enunciados jurídicos, en abierta contradicción con las reglas democráticas previstas para la reforma del texto constitucional, no podría conducir a un espacio de soberanía. Eran concededores de que lo que se ofrecía a la ciudadanía catalana como el ejercicio legítimo del «derecho a decidir», no era sino el señuelo para una movilización que nunca desembocaría en la creación de un Estado soberano. Bajo el imaginario derecho de autodeterminación se agazapaba el deseo de los líderes políticos y asociativos de presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular” (hecho probado 14). Esta afirmación queda también desarrollada en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales impugnadas cuando se menciona que la pretensión real de los condenados “era presionar al Gobierno de la nación para negociar un referéndum, éste sí, susceptible de homologación” (apartado 5.2.3 del auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, con reproducción literal de la sentencia condenatoria). Por tanto, es el propio relato de hechos probados el que desmiente en la intención de los condenados, también del recurrente, una intención secesionista al margen de una negociación con el Estado.

Por otra parte, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la preservación de esos valores constitucionales que pudieran haberse puesto en riesgo con la celebración del llamado referéndum estaba asegurada, en cuanto a la imposibilidad de desplegar efecto alguno, mediante la actuación del Tribunal Constitucional, que ya había suspendido sucesivamente la diferente normativa autonómica aprobada con esa finalidad, lo que impedía la efectividad de una declaración de independencia fuera del marco constitucional vigente.

De ese modo, tampoco en la gravedad del riesgo o lesión de valores constitucionales cabe sustentar una necesidad imperiosa en que su preservación exigiera una represión penal de las características de la impuesta al recurrente.

13. En conclusión, consideramos que, en el presente caso, la injerencia en el derecho de reunión del recurrente mediante el recurso a la sanción penal resulta desproporcionada atendiendo a la triple circunstancia de que se trata de la conducta de (i) un líder social cuyas posibilidades de participación e interlocución en el debate público están especialmente garantizadas por este derecho; (ii) se desarrolló por medios estrictamente pacíficos, aunque tuviera la finalidad de

obstruir la efectividad de resoluciones jurisdiccionales; y (iii) su objetivo mediato no era propiciar un levantamiento social que posibilitara la declaración de independencia de Cataluña, fuera de los cauces y procedimientos constitucionales, sino presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular en ese sentido.

En esas circunstancias, una adecuada ponderación de todos estos hechos en el contexto del derecho fundamental de reunión y las posibilidades de injerencia en el mismo mediante el recurso al sistema de justicia penal con la finalidad de preservar valores constitucionales prevalentes, hubiera debido llevar a la conclusión, mantenida por nosotros en la deliberación, de que una sanción penal resultaba desproporcionada y con un indeseable efecto desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental.

La respuesta penal, especialmente con la severidad de la impuesta al recurrente, frente a la mera convocatoria de actos que, aunque lo fueran para oponerse a la ejecución de resoluciones judiciales, tenían como objetivo último presionar al Gobierno en favor de una negociación política que posibilitara abordar la cuestión de la independencia de Cataluña, supone una injerencia en el derecho de reunión, con un devastador efecto desaliento sobre este derecho, que amenaza con empobrecer nuestra democracia, con alinearnos con sociedades disciplinadas por el abuso del sistema penal en la represión de conductas que se desenvuelven en el ámbito material de derechos fundamentales y con alejarnos, en definitiva, de la necesidad de una interpretación y aplicación progresiva de aquellos derechos que posibilitan la normal participación de la ciudadanía en las democracias plenas.

Madrid, a dos de junio de dos mil veintiuno.