

**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. 1403-2020.**

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 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), por haberse impuesto una pena desproporcionada. Ello no obstante, 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, pero sí se expresa con la intención de poner de manifiesto la posibilidad, técnica también, 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 del principio de legalidad que encuentra 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 doce años de prisión y otros tantos de inhabilitación absoluta por la comisión de un delito de sedición de los arts. 544 y 545.1 CP en concurso medial del art. 73.2 CP con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1º y 3º CP. Nuestro principal desacuerdo con la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia radica 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 pena realizada por el órgano judicial sentenciador, alejado de la que consideramos una visión más flexible del principio de legalidad penal. Flexibilidad que, a su vez, asociamos 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.

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, tal como sostuvimos en la deliberación, en una sentencia estimatoria. Esta sentencia, sin negar la eventual relevancia penal de la conducta enjuiciada, hubiera debido acordar 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.

2. El proceso argumental que nos ha llevado a defender esta posición durante la deliberación exige, por la interrelación que hay entre muchos de los aspectos alegados bajo la invocación del derecho a la legalidad penal y su conexión con otros derechos sustantivos, que se aborden, a pesar de que no se discrepe con la fundamentación ni la solución aportada a todos ellos, las siguientes garantías del principio de legalidad penal: (i) el principio de taxatividad en la configuración legal del delito de sedición; (ii) el principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica en la aplicación judicial del delito de sedición; (iii) el principio de proporcionalidad penal en la configuración legal del delito de sedición; y (iv) el principio de proporcionalidad penal en la cuantificación de la pena en el momento judicial de su aplicación.

*I. Sobre el cumplimiento del principio de taxatividad en la configuración legal del delito de sedición*

3. El recurrente fundamentó una de las invocaciones del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en la eventual vulneración del principio de taxatividad o certeza en la configuración del delito de sedición, con el argumento de que los elementos que delimitan este tipo penal resultan indeterminados y de difícil aprehensión para el ciudadano, quien no podría, en consecuencia, ordenar su comportamiento con la previsibilidad necesaria para no incurrir en una conducta delictiva. Esta invocación ha sido rechazada por la posición mayoritaria en la que se sustenta la

sentencia argumentando que la conducta sancionada resulta reconocible con un razonable grado de claridad.

4. En términos generales estamos de acuerdo con esta conclusión. Pero, tal y como pone de manifiesto parte de la doctrina penalista, la solución no era clara ni inequívoca desde el principio. Esta falta de certeza, sobre la que reflexiona y resuelve en extenso la sentencia de la mayoría, con una argumentación sumamente lógica, es un punto determinante para la posterior aplicación del principio de proporcionalidad. Es decir, sin discrepar de la subsunción ni los argumentos de la mayoría a este respecto, se puede admitir la existencia de dudas notables, y ello posee relevancia para el posterior análisis de la garantía de proporcionalidad penal. Por estas razones exclusivamente, los párrafos que siguen hacen patente la relativa indeterminación de la descripción de la conducta sancionada en el delito de sedición. El delito de sedición se configura legalmente a partir de elementos de un fuerte carácter normativo que, frente a aquellos de carácter descriptivo, tienen una más difícil aprehensión por parte del ciudadano. Los elementos de carácter normativo aparecen de manera muy señalada en todos los aspectos esenciales delimitadores de la conducta sancionada, ya que están presentes tanto para describir la acción típica –alzamiento público y tumultuario–, como el medio comisivo –fuerza o fuera de las vías legales– o la finalidad perseguida –impedir la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos o de las resoluciones administrativas o judiciales–. Estos elementos, al deber ser interpretados por parte de los aplicadores del derecho no a partir de su directa comprensión en el lenguaje común, sino mediante un proceso interpretativo más complejo en que influyen criterios que trascienden de los meramente gramaticales, implican un mayor grado de imprevisibilidad en su aplicación para el ciudadano.

Tampoco cabe ignorar en este sesgo de relativa indeterminación del delito de sedición algunos aspectos sistemáticos como son: (i) La referencia expresa que se hace en la tipificación de este delito en el art. 544 CP a “sin estar comprendidos en el delito de rebelión”, la cual pone de manifiesto una voluntad legislativa de que, en última instancia, el delito de sedición se configure como un escalón inmediato inferior de responsabilidad o residual en relación con el delito de rebelión o, como lo describe la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, una posición subsidiaria. (ii) La íntima conexión que guarda el delito de sedición con otros tipos penales que se sancionan dentro del título relativo a los delitos contra el orden público, como se refleja en que (a) la acción pública y tumultuaria con fines de alteración de la paz pública es

también parte de la descripción típica del delito de desórdenes públicos del art. 557 CP y (b) la finalidad de impedir el cumplimiento de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales es también elemento constitutivo de los delitos de desobediencia de los arts. 410 y 556.1 CP.

Esta relativa indeterminación del delito de sedición parece que resulta difícilmente rebatible. A esos efectos, cabe destacar que el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, al afirmar que “el déficit de taxatividad que imputa al tipo penal de sedición del art. 544 CP, queda conjurado por la propia interpretación que de los términos a los que atribuye la indeterminación han sido precisados por el propio Tribunal Supremo (...)”, viene a reconocer implícitamente que la selección legislativa de los elementos configuradores a través de los cuales se ha descrito la conducta sancionada en el delito de sedición implica una situación deficitaria en términos de certeza o previsibilidad de la reacción penal necesitada del complemento de la jurisprudencia. Lo mismo cabe decir respecto de la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia y las propias resoluciones judiciales impugnadas en que también se afirma que las objeciones de taxatividad, en línea con la jurisprudencia del TEDH en la materia, quedan enervadas a partir de la labor de interpretación jurisprudencial.

La labor interpretativa complementaria de la jurisprudencia para dar el debido cumplimiento de la garantía de certeza se ve limitada en este caso dado el escaso número de ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar este delito. Así se acredita en la propia sentencia impugnada que cita como único precedente en su labor exegética del art. 544 CP la STS de 10 de octubre de 1980, que, en análisis de la regulación del art. 218 del Código Penal de 1973 vigente en aquel momento, confirmó la condena por un delito de sedición, pero de la que reconoce que su “valor hermenéutico es más que limitado, al referirse a un artículo previgente” [FJ B).4.4]. La misma consideración podría hacerse de las SSTS de 3 de julio de 1991 y 11 de marzo de 1994, que también en aplicación de dicho precepto ya derogado confirmaron la absolución por el delito de sedición.

5. En conclusión, si bien la configuración legal del delito de sedición supera a nuestro juicio el estándar constitucional establecido por el principio de taxatividad, interesa resaltar, por su trascendencia respecto de la aplicación de otras garantías del derecho a la legalidad penal, la presencia de rasgos de relativa incertidumbre para el ciudadano potencial autor de este delito derivados de (i) la alta presencia de elementos normativos en su configuración legal, (ii) la muy limitada posibilidad de que se pudieran aprehender dichos elementos a partir de una previa labor

complementaria de la jurisprudencia y (iii) la íntima conexión que mantiene en su umbral superior de gravedad con el delito de rebelión y en su umbral inferior con otros delitos contra el orden público.

## *II. Sobre el cumplimiento del principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica en la aplicación judicial del delito de sedición*

6. El recurrente fundamentó otra de las invocaciones del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en la eventual vulneración del principio de prohibición de interpretación y aplicación analógica o extensiva del delito de sedición, con el argumento de que la labor de subsunción del órgano judicial había resultado constitucionalmente defectuosa en relación con diversos aspectos como eran (i) su relación de autoría con los hechos considerados sediciosos –los producidos el 20 de septiembre de 2017 en la Consejería de Economía, con ocasión de la diligencia judicial que se estaba desarrollando allí, y el 1 de octubre de 2017, con ocasión de la celebración del denominado referéndum–; (ii) la propia consideración como sediciosos de los hechos que tuvieron lugar ambos días; y (iii) la ausencia de un propósito de que existiera una actuación de enfrentamiento violento en la jornada del 1 de octubre de 2017.

Esta invocación ha sido rechazada por la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia argumentando que, con carácter general, la sentencia impugnada, con un razonable grado de concreción, ha fijado el soporte fáctico sobre el que fundamentar la existencia de la infracción penal tanto en relación con los actos constitutivos del “alzamiento tumultuario”, que exige el tipo penal, como respecto del desarrollo de la estrategia ideada por los acusados que sustentan su autoría.

En concreto, respecto de la consideración del recurrente como autor de un delito de sedición, se afirma que, si bien no existe un juicio singularizado de autoría que le vincule con los incidentes del 20 de septiembre de 2017, en la resolución judicial impugnada se establece que su responsabilidad se deriva de que, en su condición de miembro del Govern, su conducta de propiciar la derogación de hecho de leyes vigentes y válidas para sustituirlas por otras no válidas y la movilización de ciudadanos para comportamientos tumultuarios obstativos de la ejecución de órdenes jurisdiccionales, le resulta objetivamente imputable como miembro del colectivo, en cuanto garante de la indemnidad del bien jurídico protegido por el delito de sedición.

Por su parte, respecto de la consideración como sediciosos de los hechos acontecidos, se reproducen los argumentos utilizados en el auto impugnado del Tribunal Supremo desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, entre los que se puede destacar que (i) para satisfacer las exigencias del tipo penal de sedición es suficiente el “extravío –actuar fuera de las vías legales–, del procedimiento ordenado a los ilícitos e inconstitucionales objetivos”; y (ii) la interpretación del tipo no criminaliza como sedición supuestos de actos colectivos de ciudadanos intentando el incumplimiento de órdenes judiciales, cuya acotada dimensión en modo alguno pone en cuestión el Estado democrático, sino que lo juzgado era “que al extravío del procedimiento seguido se une el ataque y consiguiente efectivo riesgo para el modo democrático de convivencia que se quisieron dar todos los ciudadanos españoles, incluidos los de la comunidad en que se integran los movilizadas”.

Por último, en relación con la relevancia de las llamadas a actitudes pacíficas del recurrente, la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia también incide en que, si bien en la sentencia impugnada se reconoce el valor positivo de las llamadas a la calma, a la serenidad y al civismo por parte del demandante, dicha resolución también descarta que puedan tener un significado excluyente de la antijuridicidad o de la culpabilidad respecto de una conducta que estuvo siempre tendencialmente ordenada a hacer realidad un referéndum judicialmente prohibido.

7. La argumentación desarrollada por la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, no siendo irrazonable, podría haber sido diversa al valorar la aplicación del principio de prohibición de la analogía del tipo penal de sedición, porque también aquí cabían dudas lógicas.

Son fundamentadas las dudas sobre la construcción de la responsabilidad por autoría que se ha desarrollado en la sentencia impugnada con el argumento de una supuesta posición de garantía solidaria de todos los miembros del Govern por su mera condición de tales, especialmente en relación con los hechos del 20 de septiembre de 2017, por tratarse de una manifestación convocada por diversas organizaciones de la sociedad civil, en principio ajena a la labor de decisión política o administrativa del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Estas dudas son más relevantes si cabe en lo que respecta al recurrente en tanto que las propias resoluciones impugnadas reconocen, por un lado, su incorporación tardía al Govern –julio de 2017– y, por otro, afirman que esto no era un obstáculo en atención a la categoría dogmática de

la autoría por adhesión o autoría sucesiva. Esto es, en el caso del recurrente la relación de autoría se constituye judicialmente a partir de la superposición de una supuesta posición de garantía solidaria de todos los miembros del Govern con la idea de una autoría sucesiva al propio diseño de la concertación de voluntades, lo que determina una seria debilitación de la previsibilidad de la relación de autoría por este delito.

También son aceptables las dudas relativas a que los actos del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 representen actos típicos de alzamiento público y tumultuario desarrollados a partir de conductas de fuerza o vías de hecho. Es laxa la interpretación de estos medios comisivos realizada por las resoluciones judiciales impugnadas como sinónimos de “extravío procedimental”. Admite dudas proyectar la idea de alzamiento tumultuario sobre dichas movilizaciones. Los acontecimientos del 20 de septiembre de 2017 se desarrollan en el curso de una concentración por lo que, en principio, se encuentran amparados en el ejercicio del derecho de reunión, sin perjuicio de los excesos en los que algunos manifestantes pudieran haber incurrido en el ejercicio de este derecho. En relación con la multitudinaria movilización ciudadana del día 1 de octubre de 2017, los incidentes que se produjeron, aunque importantes, tuvieron carácter aislado, por lo que no resulta fácil atribuir a esa movilización ciudadana que tuvo lugar ese día con el fin de ejercer un supuesto derecho de voto elementos tumultuarios.

Por otra parte, si en los términos exigidos por el órgano judicial, el delito de sedición no criminaliza meros actos colectivos de ciudadanos intentando el incumplimiento de órdenes judiciales, sino “el ataque y consiguiente efectivo riesgo para el modo democrático de convivencia que se quisieron dar todos los ciudadanos españoles (...)”, tampoco cabría prescindir de otras consideraciones, reconocidas en las resoluciones impugnadas, que (i) ponen de manifiesto el muy alto control institucional que el propio sistema democrático tenía sobre los riesgos pretendidos o generados con estos actos colectivos, singularmente la suspensión de cualquier tipo de eficacia de la normativa que pretendía dar legitimidad al denominado referéndum del 1 de octubre de 2017 y de los resultados de dicho referéndum; y (ii) reconocen que la pretensión real de los condenados “era presionar al Gobierno de la nación para negociar un referéndum, éste sí, susceptible de homologación”. Ambos aspectos son relevantes en lo relativo a la subsunción del delito de sedición en tanto que servirían para proyectar serias dudas de tipicidad de la conducta respecto de la exigencia, reconocida por el propio órgano judicial, de la existencia de un efectivo riesgo para el sistema democrático, cuando (i) la pretensión real no era la declaración unilateral de independencia sino la presión política para poder conseguir, en su

caso, dicha pretensión por procedimientos homologados por el actual régimen constitucional, y (ii) cuando, en su caso, dichos riesgos estaban controlados mediante los instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico del propio sistema democrático.

Por último, también genera dudas consistentes el hecho de que la reconocida existencia de los llamamientos de, entre otros, el recurrente a que cualquier acto público se desarrollara sin elementos de violencia o enfrentamiento se considere absolutamente irrelevante en el contexto de enjuiciamiento del delito de sedición. De hecho, la resolución judicial impugnada lo que afirma es que esa actitud proactiva en favor de un desarrollo pacífico de cualquier manifestación pública no puede tener un significado “excluyente” de la antijuridicidad o de la culpabilidad, pero eso no prejuzga que pudiera tener una significación “atenuadora” o que fuera irrelevante en términos de cuantificación de la pena.

8. Estas valoraciones no permiten descartar *a priori* la invocación del principio de prohibición de la analogía en la aplicación de los tipos penales. La conducta enjuiciada podría haber tenido un encaje natural en otros tipos penales como los desórdenes públicos o la desobediencia. No obstante, aun pudiendo concluirse que las labores interpretativa y subsuntiva del delito de sedición en este caso se han conducido con un grado de previsibilidad suficiente para colmar el estándar del principio de prohibición de la analogía, sin embargo, por su trascendencia respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad penal, deben destacarse determinados aspectos esenciales en el proceso argumental para la desestimación de esta vulneración.

Así, es relevante que, (i) desde la perspectiva de la acción típica, se haya interpretado y considerado concurrente un alzamiento público y tumultuario, a partir de la idea de actos públicos cívicos multitudinarios con incidentes aislados; (ii) desde la perspectiva de los medios comisivos, se haya interpretado y considerado concurrente el uso de fuerza o fuera de las vías legales, a partir de la idea de “extravío procedimental”; (iii) desde la perspectiva del resultado típico, se haya considerado concurrente la existencia de un efectivo riesgo para el modo democrático de convivencia a partir de situaciones que estaban controladas mediante instrumentos legales y cuyo objetivo era ejercer presión política para posibilitar la búsqueda de vías legales de autodeterminación; (iv) desde la perspectiva de la autoría, se haya interpretado y considerado concurrente la responsabilidad penal del recurrente a partir no de su participación directa y singular en los hechos declarados sediciosos, sino a partir de una genérica posición de garante



por formar parte del Consejo de Gobierno de la Generalidad que además era adhesiva por su tardía incorporación a dicho Consejo; y (v) desde la perspectiva subjetiva, no se haya ponderado suficientemente la insistencia del recurrente en reiterados llamamientos a que los actos cívicos multitudinarios se desarrollaran de manera pacífica.

Todos estos aspectos son de interés para el ulterior análisis del principio de proporcionalidad penal, pues, aunque la interpretación y aplicación judicial del delito de sedición pudiera superar el estándar constitucional establecido por el principio de prohibición de la analogía, no puede obviarse que el órgano judicial optó en esta labor de interpretación y subsunción por entender responsable penal al recurrente en virtud de unos hechos y participación en ellos que se sitúan en lo que se podría considerar el umbral mínimo de tipicidad del delito de sedición en atención a los medios comisivos utilizados, las conductas desarrolladas, la afectación al orden público, el grado de participación y la actitud proactiva en favor de que toda la movilización fuera pacífica. En última instancia, si estas consideraciones no han tenido una traducción en términos de su subsunción en delitos de una inferior gravedad –desórdenes públicos o desobediencia, por ejemplo– sí resulta exigible constitucionalmente en términos de proporcionalidad penal, que deban tener un reflejo en la cuantificación de la pena dentro de su calificación como delito de sedición.

### *III. Sobre el cumplimiento del principio de proporcionalidad penal en la configuración penal del delito de sedición*

9. El recurrente, de manera conjunta con la invocación del principio de taxatividad por la falta de certeza de los elementos del delito de sedición, incluyó una directa referencia a la eventual vulneración del principio de proporcionalidad penal en la configuración legal de este delito, al alegar que el delito de sedición (i) se sanciona con unas penas privativas de libertad elevadas y (ii) la conducta tipificada puede implicar una restricción de los derechos de reunión pacífica, libertad de expresión y libertad ideológica, provocando con ello un efecto desincentivador de tales derechos.

La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, en respuesta a esta invocación, incluye una transcripción del FJ 23 de la STC 136/1999, de 20 de julio (asunto Mesa de Herri Batasuna), en que se destacan los dos aspectos siguientes: (i) El amplio margen de libertad del legislador penal para la configuración de los tipos y la cuantificación de las penas producto de un

complejo juicio de oportunidad. (ii) La limitación del control de constitucionalidad en esta materia a la verificación de que no se produzca un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho. A estos efectos, se debe indagar sobre (a) si los fines de protección de la norma penal son relevantes; (b) si la medida era idónea y necesaria para alcanzar esos fines de protección, por no ser manifiestamente suficientes medios alternativos; y (c) si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

A partir de ello se aborda la resolución de esta invocación concentrando toda la argumentación en destacar que el delito de sedición no supone una restricción de los derechos fundamentales de reunión y libertades de expresión e ideológica, puesto que no castiga la movilización masiva de personas, cuyo propósito consista en exteriorizar de manera pacífica una protesta, ya que exige que se conduzca, al menos, por vías extralegales y que, con ello, se persiga algunas de las finalidades netamente contrarias al funcionamiento medular del Estado de derecho que el precepto detalla, por lo que se delimitan medios y fines cuya sanción no afecta al ejercicio legítimo de ningún derecho fundamental reconocido por la Carta Magna, lo que excluye su lesión o un eventual efecto desaliento en su ejercicio.

Al margen de la ausencia de una respuesta expresa a la concreta invocación de la ausencia de proporcionalidad de la pena prevista en el delito de sedición –que solo podría entenderse implícita en el resumen jurisprudencial que se hace de la citada STC 136/1999–, existen tres aspectos que a nuestro juicio deberían haber sido objeto de un tratamiento más detenido por su relevancia para dar una respuesta más fundamentada a esta invocación. Estos aspectos son: (i) un análisis más en profundidad del principio de proporcionalidad penal en la jurisprudencia constitucional; (ii) una exposición más detallada de la jurisprudencia establecida en la STC 136/1997 como precedente más relevante para la resolución de la invocación; y (iii) el tratamiento del principio de proporcionalidad penal en la jurisprudencia del TEDH y TJUE.

10. La resolución de la invocación del principio de proporcionalidad penal en la configuración del delito de sedición hubiera exigido un análisis más en profundidad del tratamiento que la jurisprudencia constitucional ha dedicado a este principio. La mera exposición –parcial, en relación con lo que después se dirá– de la STC 136/1999 refleja una visión jurisprudencial pretendidamente unitaria o monolítica que no se adecua a la realidad de una

jurisprudencia constitucional más matizada y en la que cabe apreciar hasta dos corrientes o posiciones en convivencia simultánea, que se pueden concretar del siguiente modo:

(i) La inicial posición del Tribunal respecto de la eventual existencia de un principio de proporcionalidad penal estaba presidida por dos ideas fundamentales: (a) negar su conformación como una garantía reconocida en alguno de los derechos fundamentales alegables en amparo, especialmente en el art. 25.1 CE; y (b) ubicar de manera residual los supuestos de desproporción penal evidente en la configuración de los tipos penales como actuaciones legislativas contrarias a los principios de justicia (art. 1.1 CE) y de respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) con una posibilidad de control de constitucionalidad muy debilitada y excepcional.

En ese sentido, la STC 65/1986, de 22 de mayo, es categórica al afirmar que “en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. (...) Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito” (FJ 3). En relación con ello, en el FJ 2, se hacía una consideración general sobre que “el principio de proporcionalidad de la pena pueda considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10)”. En consolidación de esta posición acudieron las SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6 y 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.

Esta corriente es la que se ha asentado en relación con las invocaciones del principio de proporcionalidad sancionadora en el ámbito del derecho administrativo sancionador [así, por ejemplo, ATC 145/2015, de 10 de septiembre, FJ 4; o STC 13/2021, de 28 de enero, FJ 5.b)], sin duda por la imposibilidad de que en estos casos exista una vinculación de la proporcionalidad penal con una eventual limitación del derecho a la privación de libertad.

(ii) La anterior posición jurisprudencial sufrió un importante giro con la STC 55/1996, de 28 de marzo, que aborda el principio de proporcionalidad penal, aun pretendiendo mantener una cierta línea continuista, desde una perspectiva completamente diferente caracterizada por los tres criterios siguientes: (a) el principio de proporcionalidad no es un canon autónomo; (b) el principio

de proporcionalidad penal está conectado con el principio general de proporcionalidad vinculado a los derechos fundamentales; y (c) la fundamentación del principio de proporcionalidad penal se integra por la relación con la eventual restricción de derechos fundamentales en que pueda consistir la conducta sancionada o, más claramente, con la consecuencia jurídica de privación de libertad que implica, pero con un reconocimiento natural en el art. 25.1 CE, lo que permite hacer operativo y normalizado un control de constitucionalidad también en vía de amparo de este principio.

Así, cabe destacar, respecto del criterio (a), la afirmación de que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. (...) Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad” (FJ 3).

Respecto de los criterios (b) y (c), la afirmación más destacada es que “el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales (...). Esta es, pues, la perspectiva de enjuiciamiento que debemos adoptar aquí, analizando si la sanción establecida por el legislador entraña un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad ideológica y de libertad personal, derecho este último que invocado en el contexto de penas de privación de libertad remite naturalmente al art. 25.1 CE” (FJ 3). De ese modo, en esta resolución se analiza el cuestionamiento del entonces delito de insumisión –negativa a cumplir el servicio social sustitutorio al servicio militar– por falta de proporcionalidad penal, abordando tanto la restricción que podía suponer de la libertad ideológica (FJ 5), como especialmente y de manera muy extensa el derecho a la libertad aplicando el test general de proporcionalidad en su dimensión de finalidad perseguida por la sanción (FJ 7), necesidad de la sanción penal (FJ 8) y adecuación cuantitativa de la pena (FJ 9).

Esta posición jurisprudencial tuvo una inmediata proyección en la STC 136/1999, de 20 de julio, que es el único supuesto en que hasta ahora se ha estimado un recurso de amparo por

vulneración del principio de proporcionalidad penal en la configuración legislativa de un tipo penal, y fue seguida posteriormente en el análisis de constitucionalidad de las invocaciones de falta de proporcionalidad penal en relación con los diversos delitos de violencia de género (así, por ejemplo, AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre; o SSTC 99/2008, de 24 de julio; 45/2009, de 19 de febrero; 127/2009, de 26 de mayo; o 60/2010, de 7 de octubre).

11. En los términos ya mencionados, el análisis que se hace por parte de la posición mayoritaria de la STC 136/1999 a nuestro juicio no desarrolla con la debida atención dos criterios centrales que conforman parte de la posición del Tribunal respecto del principio de proporcionalidad penal en la configuración legislativa de los tipos penales y que son de interés para la resolución del presente recurso de amparo:

(i) La STC 136/1999, como planteamiento central y a los efectos de establecer el encaje constitucional del principio de proporcionalidad penal –en aquel caso en relación con el delito de colaboración con banda armada–, asume los planteamientos de la STC 55/1996 y subraya que dicho principio está vinculado tanto a la restricción que puede suponer el tipo penal de determinados derechos fundamentales por la conducta sancionada como a la restricción que supone la imposición de una pena privativa de libertad y, por tanto, que ambos aspectos pueden ser objeto de análisis en vía de amparo bajo la invocación del art. 25.1 CE en relación con los derechos fundamentales sustantivos concernidos.

Así, en esta resolución se afirma que “en materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). En esta materia, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes –y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal–, la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 C.E.) –cuando, como es ahora el caso, la pena sea privativa de libertad– al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 C.E.) (SSTC 55/1996, 161/1997, 61/1998), sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida. En el presente caso la pretendida desproporción afectaría, pues, como

hemos avanzado, al art. 25.1 C.E. en su relación con la libertad personal (art. 17 C.E.) y con las libertades de expresión y de información del art. 20 C.E. y la de participación en los asuntos públicos del art. 23 CE” (FJ 22).

(ii) La STC 136/1999 hizo radicar la inconstitucionalidad de la configuración legislativa del delito de colaboración con banda armada desde la perspectiva de la cuantificación de la pena considerando los tres aspectos siguientes: (a) la conducta típica, si bien no suponía una limitación desproporcionada de los derechos a la libertad de información, expresión o participación política, sí se mueve en la órbita de dichos derechos por lo que establecer una penas elevadas puede implicar un efecto desaliento respecto de su ejercicio; (b) ese efecto desaliento puede verse potenciado en los casos en que, aunque el tipo penal no infrinja la taxatividad, sí use conceptos indeterminados que generen más incertidumbre; y (c) es precisa algún tipo de previsión legal que permita atemperar la sanción penal para adecuar su cuantificación a este tipo de supuestos.

Respecto del aspecto (a), la STC 136/1999 afirma que “hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos. En suma, aun admitiendo la legitimidad del recurso a la vía penal, la pena no puede proyectarse con la dureza que el tipo previene sobre la universalidad de los componentes del órgano dirigente de una asociación política que, si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos” [FJ 29.c)].

Respecto del aspecto (b), la STC 136/1999 afirma que “finalmente debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de

modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos” [FJ 29.d)].

Respecto del aspecto (c), la STC 136/1999 afirma que “el precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados 'actos de colaboración' con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar” (FJ 30).

12. Un último aspecto de la mayor utilidad en la resolución de la invocación del principio de proporcionalidad penal en la configuración legislativa del delito de sedición hubiera sido profundizar en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE sobre esta materia.

La jurisprudencia del TEDH sobre este principio está fundamentada en los tres aspectos esenciales siguientes: (i) El principio de proporcionalidad penal en cuanto a la determinación legislativa de la cuantificación de la pena vinculado a la afectación del derecho a la libertad no tiene un reconocimiento expreso entre las garantías del CEDH, singularmente el derecho a la legalidad penal (art. 7 CEDH) y queda dentro del margen de apreciación nacional (así, STEDH de 9 de julio de 2013, *as. Vinter y otros c. Reino Unido*, ap. 105). (ii) Solo cuando la sanción fuera extremadamente desproporcionada, podría entrar en juego, en su caso, la prohibición de penas inhumanas del art. 3 CEDH (así, STEDH de 9 de julio de 2013, *as. Vinter y otros c. Reino Unido*, ap. 102). (iii) El principio de proporcionalidad penal en cuanto al recurso al derecho penal vinculado a la sanción de conductas que supongan una injerencia en el ejercicio de derechos fundamentales sustantivos queda incluido dentro de la protección dispensada a dichos derechos sustantivos en el CEDH.

Respecto de esto último, lo más significativo de la jurisprudencia del TEDH es que, con carácter general, posibilita un control incluso abstracto y no solo aplicativo, cuando la configuración legislativa del tipo penal se hace de tal modo que no existe un ámbito de aplicación autónomo que no sea lesivo de dicho derecho. Ese control se ha realizado, por ejemplo, respecto del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) en relación con la sanción penal de determinadas relaciones íntimas entre personas del mismo sexo (así, SSTEDH de 22 de octubre de 1981, *as. Dudgeon c. Reino Unido*; o 26 de octubre de 1988, *as. Norris c. Irlanda*); o de carácter incestuoso (así, STEDH 12 de abril de 2012, *as. Stübing c. Alemania*); o, respecto del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) en relación con la sanción de injurias a determinadas instituciones (así, STEDH de 25 de junio de 2002, *as. Colombani y otros c. Francia*). Más allá de ello, si la conclusión es que dicha tipificación no vulnera en sí misma el derecho sustantivo concernido, la cuantificación abstracta de la pena no es controlable desde el TEDH y se remitiría a cada acto concreto de aplicación el análisis de si en las circunstancias del caso, por estar afectado el ejercicio de un derecho fundamental sustantivo, la sanción penal es desproporcionada en el sentido de que es innecesaria en una sociedad democrática, en cuyo caso se habría vulnerado dicho derecho sustantivo (así, por ejemplo, respecto de pronunciamientos que conciernen a España, SSTEDH de 15 de marzo de 2011, *as. Otegi Mondragón c. España*; o de 13 de marzo de 2018, *as. Stern Taulats y Roura Capellera c. España*).

13. La jurisprudencia del TJUE sobre el principio de proporcionalidad penal resulta de especial interés tomando en consideración que el art. 49.3 CDFUE reconoce el principio de proporcionalidad penal como una garantía autónoma dentro del derecho a la legalidad penal, al establecer que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción” y que, además, dicho precepto ha sido expresamente invocado por el recurrente en su demanda. A esos efectos, los aspectos centrales de la jurisprudencia del TJUE sobre el particular son las siguientes:

(i) Se trata de un principio penal autónomo e independiente con sustantividad propia (STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-384/17, ap. 40-45), conforme al cual las sanciones previstas en una normativa no deben exceder de lo que resulta necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por esa normativa y la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, garantizando un efecto realmente disuasorio



(SSTJUE de 16 de julio de 2015, asunto C.255/14, ap. 22-23; y de 11 de febrero de 2021, asunto C-77/20, ap. 37-38).

(ii) La proporcionalidad de una sanción debe valorarse tanto desde la perspectiva del sacrificio que supone la conducta tipificada para los derechos del potencial autor (STJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-64/18 y acumulados, ap. 42) como desde la perspectiva de la repercusión de la sanción en el ejercicio de derechos (STJUE de 11 de febrero de 2021, asunto C-77/20, ap. 54).

(iii) La determinación de que una sanción es desproporcionada se vincula también con la posibilidad otorgada por la normativa de aminoraciones de responsabilidad o sustituibilidad de las sanciones (STJUE 12 de septiembre de 2019, asunto C-64/18 y acumulados, ap 42-47).

(iv) La proporcionalidad penal exige que se individualice el grado de responsabilidad del sujeto cuando actúa en conjunción con otros responsables en atención a su contribución al hecho (STGUE de 15 de julio de 2015, asunto T-418/10, ap. 411-413).

14. Los criterios operativos establecidos en la STC 136/1999 y la jurisprudencia del TEDH y TJUE determinan que no consideremos que en la configuración legal del delito de sedición se haya vulnerado el principio de proporcionalidad penal ni desde el potencial efecto desaliento que podría generarse en el ejercicio de derechos fundamentales ni desde la perspectiva de la gravedad de la sanción privativa de libertad que comporta por las razones siguientes:

(i) El delito de sedición establece en su configuración legislativa la sanción de conductas que pueden desarrollarse en la órbita del ejercicio de derechos fundamentales sustantivos, singularmente los derechos a la libertad ideológica, de reunión y de participación política, que son los también alegados por el recurrente. Esto no determina, sin embargo, que este tipo penal sea inconstitucional en su actual configuración legislativa, opinión que compartimos con la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia. No cabe apreciar que, en sí misma considerada, la acción tipificada en el delito de sedición sea siempre y en todo caso una restricción ilegítima de derechos sustantivos sin espacio para la sanción de conducta por completo ajenas ya no solo al núcleo esencial de estos derechos sustantivos sino también a un ejercicio extralimitado que se mueva en su contexto.

No obstante, sí hay que dejar constancia de esa potencial conexión del delito de sedición con el contexto del ejercicio de determinados derechos fundamentales sustantivos. Ese es un aspecto relevante que debe analizarse en el momento aplicativo por parte del órgano judicial penal en una doble dimensión: (a) en la verificación general –y previa a la propia labor de subsunción penal– de que en el caso concreto cualquier respuesta penal pueda resultar una injerencia desproporcionada por tratarse de una conducta que se desenvuelve dentro del ejercicio de un derecho fundamental o en su contexto, en cuyo caso dicha respuesta penal sería lesiva del derecho fundamental sustantivo concernido (así, por ejemplo, STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 5); y (b) en la verificación consecuente a la labor de subsunción penal de que –una vez acreditado que en el caso concreto la respuesta penal puede resultar una injerencia proporcionada por tratarse de una conducta que, aun desenvolviéndose en la órbita de un derecho fundamental, suponía el ejercicio ilegítimo de este– la respuesta penal no se imponga de una manera tan particularmente severa que pueda generarse un efecto desaliento en estos derechos, en cuyo caso esa cuantificación de la pena sería lesiva del principio de proporcionalidad penal como garantía del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1), en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y al derecho fundamental sustantivo concernido.

Por otra parte, el delito de sedición, como ya se ha expuesto, se configura con el uso de conceptos relativamente indeterminados y a partir de una relación sistemática con otros delitos tanto en su umbral superior de responsabilidad como inferior que, si bien no implican un nivel de vaguedad tal que permita concluir la vulneración del principio de taxatividad, sí le dota de un ámbito de incertidumbre que al ubicarse en el contexto del ejercicio de derechos fundamentales puede coadyuvar a un efecto desaliento en el caso de que se haga una aplicación sin tomar en consideración estos aspectos en la cuantificación concreta de la pena por parte del órgano judicial.

(ii) Las consecuencias jurídicas previstas para el delito de sedición, en principio, tampoco pueden ser consideradas como groseramente desproporcionadas en la medida en que el legislador ha configurado este delito incluyendo previsiones legales que permiten atemperar la sanción penal para adecuar su cuantificación a la singularidad de cada conducta enjuiciada.

Se constata que, en sede de tipicidad, el tipo penal básico tiene un marco penal de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación especial (art. 545.2 CP), de ocho a diez años para los principales autores y de diez a quince años si los autores estuvieran constituidos en autoridad (art. 545.1 CP). No obstante, se ha configurado legalmente que este marco penal puede verse reducido

en uno o dos grados escala en el caso de que no se haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública ni ocasionado la perpetración de otro delito grave (art. 547 CP), lo que determina que (a) para el tipo básico se pueda modular la pena con marcos penales de uno a dos años –si se rebaja en dos grados– o de dos a cuatro años –si se rebaja en un grado–; (b) para la responsabilidad de los principales autores se pueda modular la pena con marcos penales de dos a cuatro años –si se rebaja en dos grados– o de cuatro a ocho años –si se rebaja en un grado–; y (c) para la responsabilidad de quienes estuviesen constituidos en autoridad la modulación se puede hacer a partir de marcos penales de dos años y seis meses a cinco años –si se rebaja en dos grados– o de cinco a diez años –si se rebaja en un grado–.

Igualmente, es constatable la posibilidad de atemperación de la cuantificación de la pena por la comisión de este delito a través del juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como pueden ser la eximente incompleta del ejercicio de un derecho (art. 21.1, en relación con el art. 20.7 CP), o la atenuante de analógica significación a la eximente incompleta del ejercicio de un derecho (art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.7 CP). En ambos casos, los arts. 68 y 66.1.2 CP posibilitan por la concurrencia de estas circunstancias modulaciones de la respuesta penal inferiores en uno o dos grados escala.

Llegado el caso, el propio Código Penal admite otras formas, atípicas y diferidas, de posible atemperación que se ponen a disposición del órgano judicial como son las previstas en el art. 4.3 CP relativas a la posibilidad de que, cuando considere que una pena sea notablemente excesiva, acuda al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la modificación del precepto o la concesión de indulto.

15. En conclusión, la configuración legislativa del delito de sedición penal tanto desde la perspectiva del potencial efectos desaliento que podría generarse en el ejercicio de derechos fundamentales como de la posibilidad efectiva que aporta para adecuar la cuantificación de la pena a la gravedad de la conducta no permite concluir una vulneración del principio de proporcionalidad penal, sin perjuicio de la eventual vulneración que podría producirse de este principio en el momento aplicativo por parte del órgano judicial penal.

*IV. Sobre el cumplimiento del principio de proporcionalidad penal en la cuantificación judicial de la pena*

16. El recurrente hace una última invocación del derecho a la legalidad penal, alegando que el órgano judicial le ha impuesto una pena desproporcionada a la gravedad de la conducta (arts. 25.1 CE en relación con el art. 17 CE y el art. 49 CDFUE) y que se lesionan además los derechos fundamentales a la libertad de reunión pacífica y a las libertades de expresión e ideológica (arts. 16, 20 y 21 CE) por el efecto desincentivador que genera esa severa pena en el ejercicio de esos derechos fundamentales. A estos efectos, destaca aspectos como que la pena de doce años impuesta es similar a la aplicada por los delitos de homicidio o los más graves contra la libertad sexual o la libertad ambulatoria y que el órgano judicial no ha utilizado ninguna de las previsiones legales para adecuar la pena a la gravedad del hecho como eran las relativas a las formas imperfecta de ejecución, el tipo atenuado de sedición del art. 547 CP, o las circunstancias genéricas atenuadoras de la responsabilidad penal por la vinculación de los hechos al contexto del ejercicio de derechos fundamentales.

La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia rechaza esta invocación dividiendo su análisis de manera diferenciada entre los aspectos relativos a la cuantificación de la pena privativa de libertad y los relativos a una eventual afectación a otros derechos fundamentales sustantivos. Respecto de lo primero, se afirma que (a) la cuantificación de la pena no parte únicamente de la condena por un delito de sedición, sino de su conjunción en concurso medial con un delito de malversación, castigado con un marco penal de seis a ocho años, por cuya condena el recurrente no ha hecho objeción constitucional alguna; (b) la gravedad de la conducta se acredita a partir de la concurrencia de los elementos del tipo de sedición; y (c) las posibilidades de atemperación de la respuesta penal vinculadas a las formas imperfectas de ejecución o menos grave de este delito son cuestiones de legalidad penal. Respecto de la posible afectación a derechos fundamentales sustantivos, se insiste en que la conducta del recurrente no constituye un mero exceso o extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales, ya que su finalidad era neutralizar las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales mediante la movilización ciudadana, por lo que no puede alegarse un eventual efecto desaliento para considerar desproporcionadas las penas impuestas.

17. Discrepamos del análisis que realiza la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia de esta invocación y de su conclusión de que no concurre una vulneración del principio de proporcionalidad penal en la cuantificación de la pena.

A los órganos judiciales penales les corresponde la aplicación de la normativa penal. Su sujeción a la Constitución también les impone una función principal de respeto a los derechos fundamentales en la aplicación de esa normativa penal. A esa exigencia responde, por ejemplo, la obligación impuesta desde antiguo por la jurisprudencia constitucional a los jueces penales de que, con carácter previo a su genuina labor de interpretar y aplicar la normativa penal, asuman, en su función de garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la valoración de si la conducta enjuiciada supone el ejercicio de derechos fundamentales, de modo tal que en ausencia de esa valoración se considera vulnerado el derecho fundamental concernido. En esa misma línea y también desde una estricta perspectiva constitucional, el más completo cumplimiento de las exigencias del art. 25.1 CE por parte del juez penal no se agota en la prohibición de la analogía en la interpretación y aplicación de los tipos penales, sino que se proyecta también sobre la verificación de que la respuesta penal en la aplicación de esos tipos y en la individualización de la sanción no resulte desproporcionada.

El principio de proporcionalidad penal, de ese modo, impone un estándar de control, como ya se desarrolló de manera más elaborada en las SSTC 55/1996 y 136/1999 y se ha expuesto anteriormente, para determinar si la respuesta penal en las concretas circunstancias del caso, tomando en consideración el sacrificio que supone la pena en términos de privación de libertad y el efecto desaliento que puede generar en el ejercicio de derechos fundamentales sustantivos vinculados a la conducta sancionada, resulta por su severidad innecesaria para la consecución de la finalidad perseguida con la tipificación del delito por ser alcanzable con una menor intensidad penal –o lo que es lo mismo, con un menor sacrificio de derechos fundamentales–. Este parámetro de control implica una visión de conjunto en que han de ponderarse, (a) debido al carácter relacional del principio general de proporcionalidad, la incidencia que la concreta respuesta penal supone en todos los derechos fundamentales que puedan resultar concernidos y los costes tanto en términos de sacrificio real como en el potencial efecto desincentivador que puede tener sobre ellos; y (b) las posibilidades normativas con las que cuenta el órgano judicial penal para adecuar la cuantificación de esa respuesta penal para aportar una respuesta proporcionada; ya que es competencia de ese órgano judicial apreciar cuál de ellas resulta de aplicación.

18. En el presente caso, a lo largo del voto particular hemos ido exponiendo, al hilo del análisis de las diversas invocaciones del derecho a la legalidad penal, toda una serie de circunstancias que consideramos relevantes en el juicio de proporcionalidad penal en cuanto a la

cuantificación judicial de la pena. Antes de volver sobre ellas, deseamos destacar dos aspectos singulares vinculados a la individualización de la pena.

(i) La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia ha hecho una especial incidencia en la desestimación de la invocación del principio de proporcionalidad penal argumentando que la alta pena impuesta –doce años de prisión y de inhabilitación– es consecuencia no solo de la ponderación de la gravedad del delito de sedición, sino también de su concurrencia en concurso medial con un delito de malversación, no impugnado en este amparo, que por sus concretas circunstancias implicaría un marco penal de, al menos, entre seis y ocho años de prisión (art. 432.3, segundo párrafo, CP).

No consideramos este aspecto del concurso determinante. Se constata que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la interpretación del art. 77.3 CP establece que en los supuestos de concurso medial la concreción de los umbrales mínimo y máximo debe atender: (a) para fijar el mínimo, a la individualización punitiva de la infracción más grave y (b) para fijar el máximo, a la suma a la anterior cifra la resultante de la individualización punitiva de la infracción más leve; tomando siempre en consideración las circunstancias concurrentes relativas a aspectos como el grado de ejecución o la circunstancias modificativas de la responsabilidad en ambas individualizaciones (así, por ejemplo, STS de 16 de octubre de 2020). De ese modo, incluso prescindiendo de la aplicación de cualquier previsión atemperadora de la pena, el marco penal abstracto más beneficioso con el que se contaba en el caso del recurrente era de una pena mínima de diez años y máxima de dieciséis. Por tanto, la pena de doce años impuesta supera la pena mínima imponible.

(ii) La única parte procesal que calificó esta conducta como concurso medial entre los delitos de sedición y malversación fue la Abogacía del Estado, quien solicitó la imposición de una pena de once años y seis meses para el recurrente. La posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, al resolver la invocación de principio acusatorio por haberse impuesto una pena superior a la concretamente pedida por esta acusación, sostiene la posibilidad de la imposición de una pena superior recurriendo a la circunstancia de que el partido político Vox, que ejercía la acusación popular, aunque no había establecido una petición concreta para una posible calificación como delito de sedición en concurso medial con el de malversación, había solicitado la imposición de forma aislada de sendas penas de quince años por dos delitos de sedición.

Sin perjuicio de las eventuales consecuencias que pudiera tener esta circunstancia en el principio acusatorio, no dejar de llamar la atención, en el juicio de proporcionalidad que ahora nos incumbe, el hecho de que se haya acudido también como justificación de la individualización de la pena –no solo para no imponer el mínimo posible legal abstracto de diez años, sino tampoco el de once años y seis meses concretamente solicitado por la única acusación que acertó a definir esta situación concursal– a una petición realizada por una acusación popular que, por ser ejercida por un partido político, la propia sentencia impugnada califica como perturbadora y respecto de la que insta al Gobierno la conveniencia de su supresión en la legislación procesal penal.

En definitiva, incluso en el marco legal de la individualización concreta de la pena el órgano judicial contaba con los suficientes instrumentos normativos como para haber adecuado la cuantificación de la pena, al menos, al mínimo legal posible de diez años.

19. Nuestra discrepancia, sin embargo, va más allá de la posibilidad de que se hubiera impuesto la pena mínima del marco penal abstracto. Consideramos que en el caso concurrían circunstancias suficientes que, en aplicación del principio de proporcionalidad penal, hubieran determinado una ponderación que permitiera ajustar la cuantificación de la respuesta penal, a criterio del órgano judicial, con la aplicación de previsiones atemperadoras dentro de esa calificación de sedición relativas a su inferior gravedad típica (art. 547 CP) o a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Estas circunstancias son las siguientes:

(i) La configuración legal del delito de sedición se ha realizado mediante la presencia de rasgos de incertidumbre para el ciudadano potencial autor de este delito derivado de (a) la alta presencia de elementos normativos, (b) la nula posibilidad de que se pudieran aprehender dichos elementos a partir de una previa labor complementaria de la jurisprudencia que era inexistencia hasta el momento presente, y (c) la íntima conexión que mantiene en su umbral superior de gravedad con el delito de rebelión y en su umbral inferior con otros delitos contra el orden público.

(ii) Estos rasgos de incertidumbre, ante la eventualidad de que la conducta sancionable pudiera desenvolverse en el contexto o la órbita de ejercicio de derechos fundamentales sustantivos como los derechos a la libertad ideológica, de expresión, de reunión o de participación

política, son susceptibles de generar un efecto desaliento especialmente derivado de las altas penas previstas por su comisión.

(iii) En ese contexto de incertidumbre estructural del delito de sedición, las resoluciones judiciales impugnadas han optado en la labor de interpretación y subsunción para entender responsable penal al recurrente de ese delito por sancionar unos hechos que se sitúan en el umbral mínimo de tipicidad de este delito: (a) La acción típica de alzamiento público y tumultuario se ha proyectado sobre actos públicos multitudinarios con incidentes aislados. (b) Los medios comisivos típicos se han reducido a supuestos de “extravío procedimental”. (c) El resultado típico de un efectivo riesgo para el modo democrático de convivencia se ha predicado de situaciones controlables y controladas mediante instrumentos legales, cuyo objetivo era ejercer presión política para posibilitar la búsqueda de vías legales de autodeterminación y que se desarrollaron con reiterados llamamientos a que tuvieran carácter pacífico.

(iv) La aplicación del delito de sedición se ha realizado sobre dos actos que, al margen de que pudieran suponer una confrontación con decisiones jurisdiccionales, se desenvolvían en el contexto del derecho de reunión pacífica y se desarrollaron con solo puntuales incidentes. En estas circunstancias debía evitarse que la sanción, derivada del exclusivo carácter negatorio de la autoridad de las decisiones que se incumplían por parte de las conductas objeto de la acusación y de que para ello se hiciera un llamamiento general a manifestar pública y cívicamente ese desacuerdo, no implicara una sanción excesivamente severa de un ejercicio que, aunque extralimitado e ilegítimo, se desarrollaba en la órbita de protección de este derecho y, por tanto, debía evitarse que se generara un efecto desaliento.

(v) La autoría de recurrente se ha construido sobre consideraciones normativas ajenas a su participación directa y singular en los hechos declarados sediciosos como es una genérica posición de garante por formar parte del Consejo de Gobierno de la Generalidad, que, además, era adhesiva por su tardía incorporación a dicho Consejo. Tampoco existe una concreta individualización de su contribución al hecho más allá de esa pertenencia a este órgano y la consecutiva imputación recíproca y solidaria de responsabilidad.

(vi) La normativa penal hace una previsión expresa de la posibilidad de atemperación de la cuantificación de la pena por la comisión de este delito tanto a través del tipo atenuado o impropio de la sedición del art. 547 CP como del juego de las circunstancias modificativas de la



responsabilidad penal –eximente incompleta del ejercicio de un derecho (art. 21.1, en relación con el art. 20.7 CP), o la atenuante de analógica significación a la eximente incompleta del ejercicio de un derecho (art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.7 CP)– que posibilitaban una modulación de la respuesta penal inferiores en uno o dos grados escala. A pesar de ello, el órgano judicial no ha considerado adecuado hacer uso de ninguna de esas previsiones. Tampoco, se acudió, ante la eventual consideración de que fueran razones dogmáticas o de recta aplicación de la normativa penal las que impedían la atemperación del rigor de la pena que debía imponerse, a los remedios extraordinarios de acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la modificación del precepto o la concesión de un indulto parcial que adecuara la respuesta penal a la gravedad de la conducta minimizando con ello la desproporcionada severidad de la pena.

20. En definitiva, todas estas son las razones por las que defendimos en la deliberación que, sin controvertir la relevancia penal de la conducta del recurrente, nos parecía que el rigor de la respuesta penal, pudiendo haber sido ajustado cuantitativamente acudiendo a previsiones de la normativa penal, resultaba contrario a las exigencias del principio de proporcionalidad penal.

Esta posición tiene un sustento constitucional básico: la consideración de que el principio de proporcionalidad, tal y como se formula en el art. 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, está indefectiblemente vinculado al principio de legalidad que recoge el art. 25 CE. La exigencia de que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”, traduce un principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TJUE. Esa comprensión europea común, asociada a una cultura jurídica también común, debe inspirar una interpretación evolutiva del art. 25 CE y del principio de legalidad penal, máxime cuando de la imposición de las penas se deriva la privación del derecho a la libertad y cuando la aplicación del tipo penal suscita dudas como las que ponemos de manifiesto en este voto.

Debemos insistir en una idea final: las sanciones previstas en una norma no deben exceder de lo que resulta necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por esa normativa, debiendo adecuarse la gravedad de las sanciones a la gravedad de las infracciones que castigan. La gravedad de los hechos enjuiciados en la instancia no se cuestiona en ningún momento. Pero hubiera sido necesario tener en cuenta las dudas técnicas que el recurso al tipo penal de sedición suscita en este caso. Y ello para evitar cualquier reparo respecto de que las sanciones impuestas

excedan de lo necesario para alcanzar la garantía del Estado de Derecho que ellas mismas persiguen. Porque sin garantía de la preservación de la norma el Estado de Derecho no es posible. Pero sin una observancia escrupulosa de los derechos fundamentales tampoco lo es.

Madrid, a veintidós de abril de dos mil veintiuno.