

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 161/2015

Fecha Sentencia: 17/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Segunda Sentencia

Voto Particular

RECURSO CASACION N°:1828/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 18/02/2015

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección Primera

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: MAJN

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: se ha dicho, con razón, que el principio de intermediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de intermediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La intermediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la intermediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo –no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la intermediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia.

Pues bien, en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la intermediación y que pudiera, en fin, contravenir el contenido material de alguno de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso.

PRUEBA TESTIFICAL, VIDEOCONFERENCIA: el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de intermediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas. Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad.

El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado a la concurrencia de razones de “utilidad” o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario “resulte gravosa o perjudicial”. Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados.

Se desestima el recurso del Fiscal. No existió vulneración de su derecho a la prueba ni del derecho a no sufrir indefensión. El sistema técnico empleado permitía, en general, la comunicación bidireccional y simultánea. Y, precisamente por ello, habría permitido también la exhibición de vídeos y fotografías con la máxima eficacia, ya que todo ese material estaba digitalizado, de modo que la exposición de las imágenes a los testigos podría haberse llevado a cabo en términos de gran calidad. La grabación de la vista permite comprobar que el Fiscal no hizo notar en ningún momento la existencia de limitación alguna concreta. Incluso se precisa que al interrogar a uno de los testigos se le exhibió un vídeo, por cuya correspondencia con la realidad de lo ocurrido fue preguntado, y acerca de lo que pudo responder sin dificultad; como también a similares preguntas de las defensas. A la objeción del Fiscal relativa a que no le fue posible tratar de hacer reconocer a alguno de los acusados por los testigos, se responde que es algo que ni siquiera se intentó en ningún momento. Y que, comparando el interrogatorio de los

parlamentarios que sí comparecieron directamente con el de los examinados por videoconferencia, es posible observar que no existió diferencia alguna en la técnica del examen y la naturaleza de las preguntas.

TOMA DE FOTOGRAFÍAS DE DETENIDOS a los que se somete a un estudio minucioso de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas y a los que se obliga a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas. Reconocimiento y examen de pendientes, las aletas nasales, así como tres lunares en el cuello. La exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye una exigencia irremplazable. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

DERECHO DE REUNIÓN y LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LÍMITES: A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales -en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo-, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su significado, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que han de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes -el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo- que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema.

Esta dimensión del derecho de participación enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el art. 1 de la CE -precepto calificado certeramente como norma de apertura que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente- proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el art. 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del

significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el Parlament los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equivocada ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El Parlament –según proclama el art. 55 del Estatuto de Autonomía- “representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable”.

**DELITO CONTRA LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO: art. 498 del CP.
Elementos.**

VOTO PARTICULAR

N°: 1828/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 18/02/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 161/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** interpuesto por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Primera, de fecha 7 de julio de 2014 en causa seguida contra Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, Daniele Vinci; Rubén Molina Marín, José María Vázquez Moreno, Marta Pi i Morera, Alejandra Calderón Becerra, Francisco José Cobos García, Alessia Borge, Antoni Dolz García, Jordi Raymond Parra, Javier Villanueva Mena, María Durán Gurnsey, Ignacio Antolino Ibáñez, Joan Peiró i Tura, Ángela Bergillos Alguacil, Ciro Morales Rodríguez, Álvaro Cano Santana, Olga Álvarez Juan y Carlos Munter Domec, por delitos contra las Instituciones del Estado, atentado, asociación ilícita y una falta de daños, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Han intervenido como recurrentes, el Ministerio Fiscal, la Generalitat de Cataluña, representada por el procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar y el Parlament de Cataluña representado por el procurador Sr. Montero Reiter; y como partes recurridas: Antonio Dolz García, representado por la procuradora Sra. Liceras Vallina; Álvaro Cano Santana, representado por la procuradora Sra. González Díaz; Daniele Vinci, José María Vázquez Moreno, Marta Pi Morera, Alejandra Calderón Becerra, Alessia Borge, Ignacio Antolino Ibáñez, Ciro Morales Rodríguez, representados todos ellos por el procurador Sr. Fernández Estrada; Jordi Raymond Parra y Javier Villanueva Mena, representados por la procuradora Sra. Rodríguez Buesa; Javier Tadeo Orellana Villalonga, Ruben Molina Marín, Francisco José Cobos García, María Durán Gurnsey, Jon Peiró Tura, Ángela Berguillo Alguacil, Olga Álvarez Juan, Carlos Munter Domec, representados estos por la procuradora Sra. Alfonso Rodríguez. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de instrucción número 6, instruyó diligencias previas número 124/2011, por delito contra las instituciones del Estado, de atentado, asociación ilícita y una falta de daños, contra Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, Daniele Vinci, Rubén Molina Marín, José María Vázquez Moreno, Marta Pi i Morera, Alejandra Calderón Becerra, Francisco José Cobos García, Alessia Borge, Antoni Dolz García, Jordi Raymond Parra, Javier Villanueva Mena, María Durán Gurnsey, Ignacio Antolino Ibáñez, Joan Peiró i Tura, Ángela Bergillos Alguacil, Ciro Morales Rodríguez, Álvaro Cano Santana, Olga Álvarez Juan y Carlos Munter Domec y, conclusas las remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sección Primera de la Sala de lo Penal, dictó en el Rollo de Sala número 6/2013 sentencia en fecha 7 de julio de 2014, con los siguientes Hechos Probados:

"1.- El movimiento de protesta surgido en las plazas de las grandes ciudades a lo largo de la primavera del año 2011, conocido como 15m, convocó los días 14 y 15 de junio una concentración ante el Parlament de Catalunya con ocasión de la aprobación de los presupuestos de la Comunidad para aquel año, en protesta por la reducción del gasto social. El lema de la movilización era "Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades" (Paremos al/el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes). La manifestación fue comunicada a la autoridad por las organizaciones que la convocaban, el movimiento L'Acampada de Barcelona y las Asociaciones de vecinos de la ciudad, y publicitada por varios medios, entre otros una rueda de prensa, celebrada el 10 de junio, en la que dos portavoces de los movimientos sociales declararon que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar. La autoridad gubernativa no adoptó medida alguna para regular la manifestación.

2.- *La tarde del 14 de junio unas mil personas se reunieron junto al Parc de la Ciutadella, pero la policía les impidió acceder a dicho espacio, que se cerró durante la noche. Los manifestantes acamparon en un lugar próximo, en la encrucijada del Pasaje Picasso y la avenida del Marqués de Argentera. A primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios. En ningún momento se acotó un perímetro o se levantó un cordón policial para garantizar el tránsito por aquella vía.*

3.- *A partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10 h.*

4.- *Hacia las 9.25 h. el President de la Generalitat D. Artur Mas i Gavarró ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergencia i Unió (Ciu) D. Josep María Llop Rigol y D. Antoni Fernández Teixidor, en una comitiva de cuatro vehículos -en uno de ellos iba la Presidenta del Parlament- y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar.*

En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas -ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos- se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo

levantó la mano y el brazo derecho cuando el automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó abrir las puertas -que se hallaban aseguradas- y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada.

No se ha acreditado que D. Javier Tadeo Orellana de Vilallonga fuera la persona que levantó un brazo, ni que D. Daniele Vinci se acercara al vehículo oficial, ni que D. Rubén Molina Marín se interpusiera en la progresión de la comitiva ni que lanzara la señal cónica.

5.- Hacia las 8.30 h. la diputada del grupo parlamentario del Partit dels Socialistes de Catalunya (Psc) D^a. Montserrat Tura i Camafreita caminaba por el parque hacia el Parlament, dialogando con una mujer que allí se manifestaba y que le comunicaba la situación de sus hijos, universitarios y en paro, cuando D. José María Vázquez Moreno se le acercó por detrás y le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un espray, que ensuciaron también el bolso que llevaba en bandolera. La Sra. Tura reparó en el incidente una vez que entró en el edificio del Parlament y se quitó la prenda.

6.- El diputado D. Joan Boada Masoliver, de Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida (Icv-Eu), se vio obligado a variar de rumbo al encontrarse, hacia las 9.00 h., la puerta 7 taponada por un grupo de manifestantes que le impidieron el paso, le increparon y siguieron. Al final, acompañado por varios agentes de la Guardia Urbana pudo ganar el cordón policial.

No consta que D^a. Marta Pi i Morera increpara al parlamentario, ni siquiera que se interpusiera en su camino. Tampoco consta que D. Rubén Molina Marín hubiera perseguido, bloqueado, acometido ni empujado al Sr. Boada Masoliver.

7.- Los diputados D. Gerard María Figueres Alba, de Convergencia i Unió, y D. Alfons López i Tena, de Solidaritat Catalana, también se vieron incapaces de entrar por la puerta 7 del parque. Unas cien personas les impidieron el paso, les increparon y derramaron sobre sus ropas líquidos. Ambos decidieron explorar otra vía, momento en que alguien arrebató al Sr. Figueres Alba un bolso de mano; los diputados se separaron, siguiendo caminos distintos (al Sr. López i Tena le quitaron unos papeles que llevaba en las manos, así como un paquete de tabaco y un mechero, que guardaba en el bolsillo). Desde ese momento fueron seguidos por manifestantes, que chillaban consignas contra los representantes políticos, hasta que fueron atendidos por agentes de policía que los trasladaron en coche a la sede del Parlament.

D. Francisco José López Cobos se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios, en un momento dado. No consta que les escupiera. Siguió al diputado autonómico Sr. López i Tena con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión.

No consta que D^a. Alejandra Calderón Becerra, quien participó en la protesta, empujara e insultara a los parlamentarios.

D^a. Alessia Borge estuvo cerca de los dos diputados, junto a otros manifestantes, en algún momento, pero no se ha acreditado que les hubiera impedido el paso ni que les hubiera agredido.

D. Daniele Vinci interpeló a los diputados, entablando un diálogo con el Sr. López i Tena. No se ha acreditado que hubiera empujado o golpeado a alguno de ellos.

D. Antonio Dolz García portaba una cámara, de vídeo y grabó durante la jornada escenas de la protesta, en concreto de la confrontación de algunos manifestantes con los diputados Sr. Figueres Alba y Sr. López i Tena. Trabajaba como colaborador en medios digitales. No se ha acreditado que hubiera interrumpido adrede el paso de los parlamentarios, ni que realizara conductas distintas de las propias de un reportero gráfico.

No consta que D. Javier Villanueva Mena se confrontara con el Sr. López i Tena, después de que este desistiera de entrar por la puerta 7, ni que

introdujera su mano en el bolsillo de la chaqueta y se apoderara de su paquete de tabaco y de un mechero.

D^a. María Durán Gurnsey estuvo cerca del diputado Sr. López i Tena, cuando este caminaba alejándose de la puerta 7, pero no consta que le agrediera, le impidiera el paso o le arrebatara unos documentos de papel que llevaba en la mano.

No consta que D. Ignacio Antolino Ibáñez hubiera arremetido o empujado al Sr. López i Tena, cuando buscaba otra vía para llegar al Parlament, ni que se hubiera apropiado de sus papeles.

Tampoco se ha acreditado que D. Joan Peiró Tura hubiera derramado sobre el Sr. López i Tena el líquido que contenía una botella de refresco, que manchó la espalda de su chaqueta.

D^a. Ángela Bergillos Alguacil siguió, en algún momento, al Sr. López i Tena con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación. No consta que le hubiera empujado.

8.- Los diputados de Ciu D. Josep María Llop i Rigol y D. Jordi Turull i Negre caminaban hacia el Parlament cuando varios manifestantes se confrontaron con ellos. D. Jordi Raymond Parra pedía que no les dejaran pasar, para que no votaran, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda; otros manifestantes le contestaron que solo había que hablar con los parlamentarios. Los señores Llop y Turull evitaron al grupo y se retiraron con sus acompañantes, un conductor y una secretaria. Posteriormente, tuvieron un altercado con otros manifestantes, que les rodearon en la puerta de un garaje, y decidieron buscar la protección de agentes de policía. Llegaron al Parlament en un helicóptero, hacia las 10.20 h.

9.- El diputado del Psc D. Ernest Maragall i Mira se vio obligado a atravesar entre un grupo nutrido de manifestantes, que con las manos abiertas y los brazos en alto trataban de que no llegara al Parlament. Fue ayudado por dos mossos d'esquadra que le escoltaron hasta el cordón policial. Entre las

personas que le rodeaban y coreaban los lemas de la manifestación se hallaba D. Ciró Morales Rodríguez, siempre a su espalda. No se ha acreditado que D. Álvaro Cano Santana se encontrara cerca del diputado.

10.- La diputada de Ciu D^a. Ana Isabel Marcos i Vilar se encontró con un grupo de manifestantes cuando intentaba entrar al parque con otras dos parlamentarias, quienes salieron corriendo. Algunas personas le dirigieron gritos y le rociaron un líquido por encima, al tiempo que un desconocido la sujetaba del brazo. La escena fue filmada por D. Antoni Dolz García con su cámara de vídeo. Cuando la diputada reaccionó, regresó por la misma calle y fue trasladada al Parlament en un coche policial. La Sra. Marcos i Vilar sufrió una crisis de ansiedad y precisó de ansiolíticos.

11.- D. Salvador Milá i Solsona, diputado de Icv-Eu, intercambió opiniones con varios manifestaciones mientras caminaba por el parque hacia el edificio legislativo. Algunos le recriminaron que entrara a votar al Parlarnent. No se ha acreditado que fuera agredido, ni empujado por D^a. Alejandra Calderón Becerra ni por D^a. Marta Pi i Morera, que protestaban en el parque.

12.- El diputado D. Santi Vila i Vicente, de Ciu, se encontró con un grupo de manifestantes cuando se dirigía al Parlament, quienes le recriminaron las políticas de recortes de gasto público y le dijeron que no les representaba. Entre los que protestaban estaban D^a. Ólga Álvarez Juan, D. Rubén Molina Marín y D. Carlos Munter Domec. Agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado".

Segundo.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera dictó el siguiente pronunciamiento:

"1.- ABSOLVEMOS a D. Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, a D. Daniele Vinci, a D. Rubén Molina Marín, a D. José María Vázquez Moreno, a Dª. Marta Pi i Morera, a Dª. Alejandra Calderón Becerra, a D. Francisco José Cobos García, a Dª. Alessia Borge, a D. Antoni Dolz García, a D. Jordi Raymond Parra, a D. Javier Villanueva Mena, a Dª. María Durán Gurnsey, a D. Ignacio Antolino Ibáñez, a D. Joan Peiró i Tura, a Dª. Ángela Bergillos Alguacila, D. Ciro Morales Rodríguez, a D. Álvaro Cano Santana, a Dª. Olga Álvarez Juan y a D. Carlos Munter Domec de los delitos contra las Instituciones del Estado, atentado y de asociación ilícita que se les imputaron, declarando las costas de oficio.

2.- CONDENAMOS a D. José María Vázquez Moreno como autor de una falta de daños a la pena de cuatro días de localización permanente. Para su cumplimiento se le abonará el día que estuvo privado de libertad.

Se levantan las medidas cautelares de carácter personal y real acordadas durante la tramitación de la causa".

Segundo. 1.- La resolución referida incorpora el **voto particular** que formalizó el Excmo. Sr. Presidente de la Sección Primera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, en relación a la sentencia dictada en la presente causa rollo de Sala 6/2013, procedimiento abreviado 124/2001 del Juzgado Central de Instrucción nº 6.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon los recursos de casación por el Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de la Generalitat y Parlament de Catalunya, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art.

850.1º de la LECrim, por denegación de prueba, que afecta asimismo al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24 de la CE. Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes proclamados en el art. 24.1 y 2 de la CE. Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim. Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 498, 550, 551.2, y 77 del CP, e indebida aplicación de la causa de justificación del art. 20.7 del mismo texto legal.

Quinto.- La representación procesal de la Generalitat de Catalunya, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error en la valoración de la prueba. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 27 y 28 en relación con el art. 498 todos ellos del CP. Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y del art. 852 de la LECrim por vulneración del artículo 24 de la CE.

Sexto.- La representación procesal del Parlament de Catalunya, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Se interpone al amparo del art. 849, nº 2 de la LECrim, por infracción de ley. Segundo.- Se interpone al amparo del art. 849 nº1 de la LECrim, por inaplicación del art. 498 del CP. Tercero.- Se renuncia a la formulación de este motivo.

Séptimo.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos por la Generalitat de Catalunya y del Parlament de Catalunya, interesa la estimación de todos los motivos aducidos por dichos recurrentes.

Instruidas las partes recurridas de los recursos interpuestos, interesan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos y subsidiariamente su

desestimación. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo.

Octavo.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 18 de febrero de 2015, a la hora señalada a la que compareció el Ministerio Fiscal que mantiene los motivos del recurso e informó solicitando una sentencia conforme a sus pedimentos.

Informa el Letrado D. Javier Selva Prieto en defensa del Parlamento de Cataluña que da por reproducido su escrito, solicitando una sentencia que case la recurrida.

Concedida la palabra a la Letrada de la Generalitat de Cataluña D^a Silvia Grau Beltrán que informa sobre su recurso solicitando la casación de la sentencia.

Informa el Letrado D. Gonzalo Boye en defensa de Alessia Borge, Ignacio Antolino Ibáñez, Alejandra Calderón Becerra; Daniele Vinci, Ciro Morales Rodríguez, Marta Pi y José María Vázquez Moreno, recurridos en este recurso, solicitando la confirmación de la sentencia y desestimando los recursos.

Concedida la palabra al Letrado D. Benet Salellas Villar en defensa de los recurridos Javier Tadeo Orellana, Rubén Molina, Francisco José Cobos, María Durán, Ángela Berguillo, Olga Álvarez y Carlos Munter Domec, así como en defensa de Javier Villanueva Mena y Jordi Raymon Parra, informa solicitando la confirmación de la sentencia.

Informa la Letrada D^a Eva Labarta Ferrer en defensa de Álvaro Cano dando por reproducido su escrito como recurrido.

Seguidamente informa la Letrada D^a Ester Muñoz en defensa del recurrido Antoni Dolz, solicitando la desestimación de los recursos.

Noveno.- El ponente inicialmente designado, Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, declinó la ponencia al quedar su propuesta en minoría durante el acto de la deliberación.

En cumplimiento de lo prevenido en el art. 206.1 de la LOPJ y de la norma de reparto recogida en el apartado A), último párrafo, publicada en el BOE nº 41 del lunes 17 de febrero de 2014, la **ponencia** fue asumida por el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 31/1214, de 7 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, absolvió a los acusados Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, Daniele Vinci, Rubén Molina Marín, José María Vázquez Moreno, Marta Pi i Morera, Alejandra Calderón Becerra, Francisco José Cobos García, Alessia Borge, Antoni Dolz García, Jordi Raymond Parra, Javier Villanueva Mena, María Durán Gurnsey, Ignacio Antolino Ibáñez, Joan Peiró i Tura, Ángela Bergillos Alguacila, Ciro Morales Rodríguez, Álvaro Cano Santana, Olga Álvarez Juan y a Carlos Munter Domec de los delitos contra las instituciones del Estado, atentado y asociación ilícita que les habían sido imputados. Y condenó a José María Vázquez Moreno como autor de una falta de daños a la pena de cuatro días de localización permanente.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, la Generalitat y el Parlament de Catalunya. La coincidencia argumental de algunos de los motivos formalizados, no exenta de matices, va a permitir a la Sala un tratamiento conjunto, con el fin de evitar innecesarias reiteraciones. El Ministerio Fiscal formaliza cuatro motivos de casación. Los dos primeros no son compartidos por las otras dos acusaciones. De ahí que su análisis se hará de forma individualizada.

2.- El primero de los motivos del Ministerio Fiscal denuncia, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, quebrantamiento de forma, por denegación de prueba, que afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE).

A) Argumenta el Fiscal que propuso como prueba testifical, para su práctica en el plenario, la comparecencia de trece diputados autonómicos que en su escrito de acusación figuraban como directamente perjudicados, al haber sufrido el ataque de los manifestantes. También la testifical de seis agentes policiales y la pericial de tres de estos. Las diligencias fueron admitidas en la forma en que habían sido propuestas, las acusaciones particulares de la Generalitat y el Parlament de Catalunya interesaron que el Presidente del órgano autonómico de gobierno declarase por escrito y los Diputados autonómicos por videoconferencia; y el Tribunal acordó -mediante auto de 3 de marzo de 2014- que todos los testigos que lo solicitasen pudieran acogerse a esta última modalidad, opción que, al fin, se extendió también al resto de los testigos y a los peritos. El Fiscal objetó nuevamente la vulneración de su derecho. La Audiencia, mediante auto de 28 de marzo de 2014, mantuvo el mismo criterio; y aquél hizo constar su protesta en el trámite de cuestiones previas, también sin éxito. De este modo, los testigos y peritos que lo solicitaron declararon por el sistema de videoconferencia. En la vista solo comparecieron tres diputados autonómicos.

El Fiscal considera que el criterio del órgano de enjuiciamiento le privó de un esencial instrumento procesal, necesario para hacer posible la identificación de las personas acusadas como responsables de los hechos objeto de persecución. De este modo –se aduce- no fue posible que los perjudicados señalaran directamente en la sala a los implicados que, eventualmente, pudieran haber cometido alguna acción ilícita relacionada con ellos. Y esto –concluye el Fiscal- hizo que la sentencia fuera absolutoria en varios de los supuestos.

En apoyo de su pretensión el recurrente anota diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda, de la que se seguiría que la opción por la videoconferencia tendría un carácter subsidiario y sólo estaría justificada en caso de imposibilidad real de presencia física de los testigos y

peritos en la sala, que es el sentido en el que –a su juicio- debería interpretarse el art. 731 bis LECrim.

Objeta asimismo que la decisión que se cuestiona se adoptó de una forma genérica, sin examinar las circunstancias de cada caso, partiendo de la idea -que no comparte- de que el procedimiento acogido tendría un carácter ordinario y habitual. Y que las acusaciones particulares no dieron ninguna razón concreta fundada en las funciones y ocupaciones políticas de los testigos parlamentarios que pudieran impedir su desplazamiento a Madrid; lo que excluye la existencia de causas de utilidad, seguridad o de orden público, únicas legales que habrían habilitado la decisión adoptada.

Por otra parte, se hace valer también el hecho de que el examen de los testigos por ese procedimiento privó de calidad expresiva a sus aportaciones e impidió al Fiscal solicitar eventuales reconocimientos de los acusados por parte de aquéllos; algo posible y válido según conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que igualmente cita; y que —explica— solo sería viable en virtud de una relación presencial.

La conclusión es que, como resultado de la decisión objeto de crítica, la prueba de la acusación pública se vio devaluada, y, con ello, menoscabado su derecho a la tutela judicial efectiva. Y es por lo que pide que, con estimación del motivo, se declare la nulidad del juicio, para la celebración de otro con distinto Tribunal y con respeto de la legalidad que considera infringida.

B) La Sala no comparte la idea de que la decisión del Tribunal de instancia, que llevó a la generalización del interrogatorio por videoconferencia, haya implicado una denegación de prueba en sentido propio. De hecho, las pruebas propuestas por el Fiscal se practicaron, la acusación pública pudo interrogar y no hay constancia de que hubiera tenido que dejar de hacer alguna pregunta a los testigos y peritos examinados por videoconferencia. La misma

posibilidad de interrogatorio real tuvieron a su alcance las restantes acusaciones y las defensas. Y esta actividad comunicativa en su totalidad pudo ser seguida por el Tribunal, en los mismos términos en que se produjo y en tiempo real.

No se trata tanto de afirmar la existencia de una posible denegación de prueba, lo que habría incidido directamente en el derecho a valerse de las pruebas pertinentes (art. 24.2 CE), cuanto de discernir si la forma en que aquella se practicó, por su denunciada irregularidad, pudo generar un menoscabo en las posibilidades alegatorias del Fiscal, con la consiguiente indefensión (art. 24.1 CE). Pues bien, desde esta perspectiva, según resulta de abundantísima y muy consolidada jurisprudencia, en particular de esta Sala, la resolución de un conflicto como el que suscita el motivo no debe producirse en virtud de una exclusiva consideración abstracta de los argumentos en presencia; sino que hay que estar también a lo que resulte de la ponderación de las consecuencias reales del *modus operandi* que se cuestiona, es decir, de sus reales efectos para la materialidad del derecho o derechos fundamentales que se hubieran visto afectados. En este supuesto, el derecho a la prueba, y, más en general, a la tutela judicial efectiva del acusador público.

De acuerdo con esta idea, el Fiscal no ilustra acerca de ningún preciso supuesto en el que la exposición al examen de alguno de los testigos o peritos y del Tribunal, de un material gráfico susceptible de exhibición para su contraste con la imagen de alguno de los acusados, hubiera resultado objetivamente imposible. Por el contrario, en alguno de los interrogatorios se produjo la exhibición de un vídeo a un testigo no presente en la sala de vistas -Vila Vicente- y no puede tampoco afirmarse diferencia alguna apreciable entre el tipo de interrogatorio dirigido a quienes declararon directamente y el formulado a los que lo hicieron desde Barcelona. Además —admitiendo como se admite la posible diferencia de calidad en la inmediatez que propician uno y otro de los dos procedimientos considerados— tampoco debe perderse de vista que el tratamiento digital de todo el material probatorio disponible y las facilidades de

aproximación y ampliación de la imagen que proporcionaban los medios técnicos de uso, habrían permitido en medida no desdeñable interrogar a los testigos acerca de la posible intervención de alguno de los acusados en las precisas acciones enjuiciadas que tuvieron que ver con ellos.

C) El proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia.

No han faltado, sin embargo, dudas bien expresivas de la habitual resistencia frente a todo cambio mediante el que se resienten prácticas rutinarias cuya superación no siempre es bien entendida. La Instrucción núm. 1/2002, 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, alentaba a los Fiscales a no asistir a aquellos procesos penales a los que fueran citados para su celebración mediante videoconferencia. Nuestro sistema no contenía –se razonaba entonces- una regulación suficientemente detallada de los presupuestos y garantías para lo que denominaba *juicios virtuales*. No deja de ser significativo que meses después, la misma institución dictara la Instrucción núm. 3/2002, 1 de marzo, en la que se matizaba que *“la preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal. Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Resultaría así un (...) un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la posibilidad de su utilización, tanto de forma genérica como sectorialmente”*.

La normalidad de su utilización aparece expresada en preceptos legales que ofrecen cobertura a la decisión adoptada por la Audiencia Nacional. En efecto, los apartados 2 y 3 del art. 229 de la LOPJ recuerdan que *“las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, (...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”*. En desarrollo de este principio general, el art. 731 bis de la LECrim, reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción, dispone que *“el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”*.

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

La creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados.

De forma bien reciente, la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar, la *Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción plurianual 2014-2018, relativo a la Justicia en red europea* incluye entre los objetivos de la red la ampliación del empleo de videoconferencias, teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales, con el fin de evitar los desplazamientos a la sede del Tribunal ante el que se practiquen las pruebas (epígrafe B, apartado 1.25).

No es ajena a esta tendencia la *Directiva 2013/48/UE de 22 Octubre*, relativa al *derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad*. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que “*los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados*”.

La videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el art. 17.1.b) de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo*

y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En definitiva, la pionera regulación adoptada en su día por el art. 10 del *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, ha inspirado en el ámbito europeo otras normas que no han hecho sino profundizar en las ventajas que ofrece aquella solución técnica para salvar, con las debidas garantías, la distancia geográfica entre el declarante y el órgano jurisdiccional que ha de valorar el significado probatorio de ese testimonio.

D) Descartada cualquier duda acerca de la existencia de una cobertura jurídica de respaldo a la decisión de la Audiencia Nacional de que los testigos y peritos que lo desearan pudieran hacerlo por videoconferencia, resta decidir si esa decisión, en las circunstancias del caso concreto que es objeto de recurso, pudo conllevar algún tipo de indefensión para el Fiscal.

Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad. Con meridiana claridad acerca de la conveniencia de una utilización no generalizada de la videoconferencia, el primer instrumento jurídico de la Unión Europea que abordó una regulación detallada de esa posibilidad tecnológica al alcance de los Tribunales -Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000-, exigía que no fuera *posible* u *oportuno* el desplazamiento del testigo para comparecer personalmente ante la autoridad judicial que está llevando a cabo el procedimiento. El informe explicativo del Convenio (publicado en el DO C 379, de 29 de diciembre de 2000, págs. 7-29) se esforzaba en ofrecer ejemplos de casos susceptibles de ser etiquetados en la indeterminación de lo *imposible* o *inoportuno*. Conforme a esta idea, no sería «oportuno» el desplazamiento en el caso de un testigo especialmente joven, de edad muy avanzada, o que no gozase de buena salud; y

que no sería «*posible*» cuando la comparecencia del testigo en el Estado requirente implicara un grave riesgo para su persona. Obviamente, se trata sólo de una proclamación *ad exemplum* que no excluye la existencia de otros presupuestos de *posibilidad* u *oportunidad* que, lo que resulta decisivo, han de ser valorados por el Tribunal ante el que se suscite la utilización de la videoconferencia.

La casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales.

Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, «*sino lo contrario*».

Pese a todo ello, la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero, FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que *“en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, no es menos cierto que *“cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”*.

Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, *caso Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, *caso Zagaría c. Italia*, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos —tales como *“la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable”*—, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

La restricción tampoco es ajena a la literalidad del art. 731 bis de la LECrim, que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado —en lo que aquí interesa, a tenor de los términos de la impugnación— a la concurrencia de razones de *“utilidad”* o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede

del órgano ante el que se desarrolle el plenario “*resulte gravosa o perjudicial*”. Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779/2012, 10 de diciembre, que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia, niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió “*someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal*” y “*las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas*”; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible.

Cuestión distinta, ajena al recurso que nos ocupa, es la prevención referida a la utilización de la videoconferencia para el interrogatorio del acusado. En este caso, parece evidente que el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis de la LECrim hace al *imputado* entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo).

E) El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de

los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

Se ha dicho, con razón, que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto *sine qua non* para la contradicción. Y no falta un nexo –no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia.

Pues bien, en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la inmediación y que pudiera, en fin, contravenir el contenido material alguno de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso. Es cierto que en la actualidad la distancia geográfica –en este caso, entre Madrid y Barcelona- es más que relativa. Es un hecho notorio la existencia de medios de transporte que permiten el desplazamiento en breve tiempo. Sin embargo, en el presente caso, la relevante función pública desempeñada por los testigos y su dedicación a las

tareas legislativas hacía aconsejable que la celebración del juicio no implicara un entorpecimiento de esa tarea, cuya perturbación, por cierto, está en el origen del presente proceso penal.

Por otra parte, la línea de impugnación hecha valer por las defensas frente a las objeciones que esgrime el Fiscal en el motivo, ofrece argumentos de respuesta para rechazar cualquier menoscabo del principio de inmediación o, desde la óptica del Ministerio Público, de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En efecto, el sistema técnico empleado permitía, en general, la comunicación bidireccional y simultánea. Y, precisamente por ello, habría permitido también la exhibición de vídeos y fotografías con la máxima eficacia, ya que todo ese material estaba digitalizado, de modo que la exposición de las imágenes a los testigos podría haberse llevado a cabo en términos de gran calidad, de manera que habría hecho posible cualquier interrogatorio al respecto. Además, la grabación de la vista permite comprobar que el Fiscal no hizo notar en ningún momento la existencia de limitación alguna concreta. Incluso se precisa que al interrogar al diputado Vila Vicente (p. 123 de la transcripción del juicio), se le exhibió un vídeo, por cuya correspondencia con la realidad de lo ocurrido fue preguntado, y acerca de lo que pudo responder sin dificultad; como también a similares preguntas de las defensas.

A la objeción del Fiscal relativa a que no le fue posible tratar de hacer reconocer a alguno de los acusados por los testigos, se responde que es algo que ni siquiera se intentó en ningún momento. Y que, comparando el interrogatorio de los parlamentarios que sí comparecieron directamente con el de los examinados por videoconferencia, es posible observar que no existió diferencia alguna en la técnica del examen y la naturaleza de las preguntas. En definitiva, el Tribunal no denegó la práctica de medio alguno de prueba y advirtió al Fiscal que el utilizado es un medio de uso común en las vistas de la Audiencia Nacional que, precisamente, por ser competente para conocer de hechos

cometidos en todo el territorio español, se sirve de manera regular de la videoconferencia para la declaración de testigos y peritos (no de los acusados) desde “*dependencias oficiales, como comisarías, cuarteles y laboratorios*”, sin objeción por parte del Fiscal.

En definitiva, la hipótesis de que el examen de los testigos en la propia vista pudiera haber modificado el sentido del fallo carece de sustento, cuando lo cierto es que el Fiscal no hizo constar ni una sola pregunta a los testigos relativa a la identificación de siquiera alguno de los acusados, con lo que el perjuicio alegado adolece de patente falta de concreción. De este modo, la estimación del motivo tendría como único fundamento el, general, de la diferencia en la clase de contacto de la sala y de las partes con las fuentes de prueba que facilitan los dos medios de examen objeto de consideración. Esto cuando la consecuencia de acceder a su solicitud de nulidad del juicio llevaría a la celebración de uno nuevo a una distancia de más de cinco años de los hechos, con el indudable deterioro de los contenidos de memoria de los testigos. Y, con ello, a unos resultados, desde el punto de vista de la pretensión acusatoria, que no podrían dejar de influir en la calidad del nuevo enjuiciamiento. Todo sin contar con que la identificación directa en la audiencia, por más que formalmente admitida —según resulta de la jurisprudencia recogida en el desarrollo del motivo— presenta siempre indudables problemas de fiabilidad en la calidad del conocimiento que proporciona, por las reducidas opciones de identificación que ofrece al testigo y por la indudable influencia implícita en el hecho de que los expuestos a la observación, aun cuando presuntos inocentes, son sujetos sobre los que pesa ya la acusación formal, con la potente carga de sugestión para el llamado a reconocer, que ello comporta.

En definitiva, y por todo, se ha de concluir que el examen por videoconferencia de testigos y peritos no afectó de manera sustancial a la materialidad del derecho a la tutela judicial efectiva del Fiscal. La motivación expresada en el auto de 3 de marzo de 2014, mediante el que la Audiencia

Nacional expresó las razones que justificaban el recurso a los medios tecnológicos al alcance de la Sala, no es arbitraria ni verifica un caprichoso sacrificio de alguno de los principios y valores que convergen en la práctica, mediante una comunicación telemática, de una prueba de esa naturaleza.

El motivo, por tanto, ha de desestimarse.

3.- El segundo de los motivos formalizados por el Fiscal denuncia, por la vía del art. 852 de la LECrim, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24,1 y 2 CE).

A) Considera el recurrente que el Tribunal de instancia excluyó indebidamente del material probatorio las fotografías obtenidas a quince de los acusados, que iban a ser comparadas con imágenes tomadas el día de los hechos; y lo hizo porque tal diligencia se había producido sin asistencia de Letrado, a pesar de que aquellos se hallaban detenidos. Esa prueba, pericial fisonómica, era de particular importancia para el recurrente.

En apoyo de la impugnación se argumenta que, no obstante lo afirmado por la Audiencia Nacional, la asistencia letrada sí existió, según resulta del dato de que a los afectados les fueron leídos sus derechos y firmaron las hojas correspondientes. Además, ninguno de los letrados formuló protesta. Asimismo se objeta que la realización de las instantáneas no constituía un reconocimiento de identidad, sino una reseña fotográfica, para luego hacer los correspondientes informes periciales (en un total de 19).

En fin, se censura la actitud del órgano de enjuiciamiento que —se dice— primero anula las pruebas, que luego valora para concluir que no aportaron nada relevante. Un modo de operar arbitrario y, por tanto, contrario a derecho y, por ello, proscrito a tenor de lo que dispone el art. 9,3 CE, al entender del recurrente, que ve en él una estrategia destinada a impedir al Fiscal el

ejercicio del derecho a la segunda instancia; lo que le lleva a concluir en el mismo sentido que en el caso del motivo anterior.

Las defensas han formulado distintas objeciones al modo de razonar que acaba de sintetizarse. La primera es lo contradictorio que resulta argumentar en el sentido de que hubo asistencia de Letrado para luego discurrir acerca de su falta de necesidad legal, cuando al tiempo se reconoce que la policía no extendió acta o diligencia de las correspondientes actuaciones. En segundo término se hace ver que, de las detenciones en cuestión, unas se produjeron a raíz de los hechos del 15 de junio, cuando algunos participantes en las concentraciones comparecieron voluntariamente en el Juzgado de Guardia de Barcelona; y otras ya en el otoño siguiente, por decisión judicial emitida luego de que tales diligencias se hubieran producido en la mayoría de los supuestos. Además, no habrían tenido por objeto saber de la identidad de los afectados por ellas, que era conocida; sino indagar acerca de la posible responsabilidad de los interesados en las acciones violentas denunciadas, analizando pormenorizadamente algunos de sus rasgos.

Por último, se subraya por las defensas que impugnan el motivo de la acusación pública que el Tribunal examinó las pruebas de que se trata y concluyó en el sentido de que no aportaban nada concluyente, ya porque la imagen estuviera tomada en un escenario diferente de aquel en que tuvieron lugar las conductas incriminables; ya porque en las grabaciones no se observaba ninguna acción delictiva; o bien porque en ciertos supuestos la imagen no coincidía con la del acusado.

El motivo no es acogible.

B) Conviene anticipar que la Sala no puede suscribir el razonamiento del Fiscal que atribuye a la Audiencia Nacional una maniobra dirigida, pura y simplemente, a defraudar su derecho. Se trata de un juicio de intenciones

inaceptable, en llamativo contraste con los elogios que en la vista del presente recurso fueron proclamados a la excelencia técnica de los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario de la Sala de instancia. El examen de la resolución recurrida despeja cualquier duda, no ya respecto de la solvencia jurídica de quienes la han dictado –hecho de sobra conocido por esta Sala-, sino respecto de cualquier intención ajena a los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional. Esa descalificación, en fin, no se compadece con la calidad del razonamiento de los Jueces de instancia respecto de la cuestión suscitada. En definitiva, lo que resulta de la lectura de la resolución impugnada es un discurso elaborado, bien construido y que se enfrenta, sin rehuir su análisis, a los interesantes nudos polémicos de un asunto proteico, realmente cargado de implicaciones.

A nuestro juicio, la diligencia por la que los acusados –ya detenidos- fueron obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirviera de base para la ulterior confección de un dictamen pericial, puede incluso considerarse algo más que una diligencia de identificación. Así se desprende con claridad del razonamiento de la Audiencia Nacional cuando explica en qué consistieron realmente las tomas fotográficas: *“...la actividad indagatoria de reportaje fisonómico, como se denominaba por los investigadores y por el juez, significaba una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, a la búsqueda y localización de señas sobre la piel y acerca de la fisonomía del sujeto: rasgos -forma del cabello-, marcas -lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, también podría pensarse en marcas de nacimiento o manchas-y detalles diversos de su constitución. [...] Se procedió, como ponen de manifiesto los informes periciales, a un estudio detenido de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas. En algunos casos se les obligó a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas. Por ejemplo, los*

pendientes que llevaba la Sra. Álvarez Juan en las aletas nasales y en la oreja derecha, así como tres lunares en el cuello (p. 1.560 y 1.561); en el caso del Sr. Araya -en rebeldía- se le tomó una imagen del detalle de un tatuaje que llevaba dibujado en la cara posterior del brazo derecho, para ello aparece en la foto con el torso desnudo, superficie sobre la que asienta otro tatuaje (página 1.642); el Sr. Orellana era mostrado con una gorra en posiciones de semiperfil derecho e izquierdo, mirando hacia arriba y hacia abajo, con inclinaciones diferentes de la visera (p. 1.663, los peritos informaban, incluso, acerca de la similitud con la prenda que el sospechoso llevaba en la cabeza en dos de las imágenes incriminadas); el Sr. Vinci fue objeto de estudio por una perforación artificial en el lóbulo de la oreja izquierda y por una marca tipo lunar en la zona infra-zigomática (p. 1.683 y siguientes); respecto al Sr. Dolz, los agentes analizaron el detalle de ciertos rasgos cuya representación gráfica obtuvieron, deteniéndose en la configuración de sus cejas y en el abultamiento carnoso bajo la barbilla (p. 1.703). Por fin, se tomaron diversas imágenes fotográficas de todos los inculpados, que eran objeto de estudio, clasificación y archivo”.

Partimos de la base de que, a la vista de la descripción de esa diligencia policial, su grado de injerencia en el espacio de privacidad y/o dignidad reconocible a todo imputado fue mucho más intenso que el que se produce, por ejemplo, en el momento de una reseña dactiloscópica o la toma de fotografías destinadas a su incorporación a un archivo o registro automatizado a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La sentencia de instancia se detiene en la cuestionable cobertura legislativa de la diligencia finalmente practicada, y glosa en términos críticos la suficiencia de la resolución judicial habilitante – auto de 25 de octubre de 2011, dictado por el Juez Central de instrucción- desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad.

La naturaleza real de la actuación policial, tal y como ha quedado descrita, permite afirmar que carece de una regla específica de sustento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, la mejor prueba de que así es, la ofrece el propio

auto del instructor (de 25 de octubre de 2010) que busca apoyo en los arts. 373, 374 y 762.7 LECrim, cuyas previsiones resultaron ampliamente desbordadas por las actuaciones policiales de referencia; de donde se sigue, claramente, el déficit de regulación constatado por la Sala de instancia, que, puesta a buscar algún referente normativo al respecto, halla la mayor analogía entre aquellas y la formación del cuerpo de escritura propia de la pericia dactiloscópica; pues lo requerido, en algunos casos (los de los acusados Antolino Ibáñez, Vázquez Moreno, Cano Santana y Borge), incluso impuesto contra su voluntad manifestada, exigió la colaboración activa de los implicados, consistente en la ejecución de algunos actos o la adopción de ciertas actitudes, en la indagación que negativamente los concernía.

Pues bien, en vista de lo expuesto, esto es, de la naturaleza de las intervenciones, de la finalidad pericial a la que estaban preordenadas y con la que se integraron formando un todo, y de la ausencia de una previsión legal específica, la Audiencia Nacional se pregunta con razonable fundamento si su ejecución requería o no autorización judicial. Y la respuesta es, al fin, negativa, en atención a la menor entidad de la injerencia. Ahora bien, con la precisión de que, dado el régimen de privación de libertad de los imputados, sí era exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECrim para “*todo reconocimiento de identidad*”. Y, en efecto, tal era el caso, porque aun estando la identidad personal de aquellos, en sí misma, fuera de duda, se trataba de verificar si era también la correspondiente en los distintos supuestos a los sujetos captados en las imágenes dubitadas. Una comprobación que, por lo demás, no importa insistir, tendría que llevarse a cabo a través de la clase de examen de rasgos y particularidades de los sujetos, de la que ya se ha dejado constancia.

En el caso que nos ocupa, la validez de este razonamiento no queda afectada por el hecho de que la *Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales (...) durante la privación de libertad*, limite en

su art. 3.3.c) esa exigencia a los supuestos de práctica de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones del hecho. No ya por su carácter de enumeración de mínimos, tal y como se desprende de la expresión “*al menos*” que incorpora el propio precepto, sino porque esas instantáneas constituían elementos de una prueba pericial que, aun confeccionada en fase de investigación, iba a resultar decisiva para la identificación de los responsables durante el desarrollo del plenario. Entra en juego así la vigencia del art. 476 de la LECrim, que garantiza la contradicción –al menos la posibilidad de hacer valer la contradicción- en la elaboración del dictamen pericial. Y es ahora cuando cobra valor argumental el hecho de que se hubiera prescindido de esa asistencia letrada cuando los profesionales llamados al asesoramiento de los detenidos habían sido ya designados y estaban perfectamente localizados y a disposición de la fuerza policial. El legislador no ha querido que el informe pericial sea el resultado de una diligencia que, en la mayoría de las ocasiones, se incorpora a la causa sin el saludable filtro de la contradicción. Es cierto que este principio adquiere su verdadera dimensión en el acto del juicio oral. Sin embargo, el principio de contradicción, con todas las modulaciones que se quiera, no tiene por qué ser desterrado de las diligencias sumariales que luego resultan trascendentes en el plenario. El propio TEDH ha recordado la relevancia del principio de contradicción, incluso en la fase de investigación, en aquellas ocasiones en las que el dictamen pericial elaborado durante la instrucción, haya desplegado luego una influencia decisiva en la apreciación probatoria llevada a cabo por el Tribunal, llegando a estimar violación del derecho a un proceso justo la privación de la posibilidad de contradecir el informe de los expertos (cfr. S. 18 marzo 1997, *Case of Mantovanelli v France*).

En definitiva, la exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye un

requerimiento esencial, de modo singular, en aquellos casos en los que mediante esas instantáneas se realizan los primeros actos llamados a integrar el posterior dictamen pericial. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

La reciente sentencia de esta Sala 835/2014, 21 de noviembre, resuelve una alegación referida a la posible vulneración de los derechos de asistencia letrada y presunción de inocencia de un detenido, responsable de dos asesinatos intentados y una agresión sexual, cuya identificación, entre otros elementos de prueba, estuvo respaldada por una fotografía obtenida en comisaría del pene del detenido, cuya morfología había sido descrita por la víctima. Entonces descartábamos la vulneración de derechos. Y lo hacíamos en atención, no ya al consentimiento prestado para la toma de esas fotografías, sino al hecho de que *“...en su declaración judicial ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Ciudad Real (...), con asistencia de letrado, admitió que era cierto que tiene tatuajes en el pecho, en el brazo y en el pene. (...) Una vez declarada la existencia de los tatuajes, con asistencia de letrado y ante el juez, lo que, por cierto, fue puesto también de manifiesto por sus más próximos parientes, no se alcanza a entender (...) la vulneración constitucional que ahora se denuncia”*. Este precedente enseña, en fin, que sólo el análisis del caso concreto puede ofrecer los elementos de juicio precisos para concluir la validez del acto pericial sobre el que el Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras pretende fundar el juicio de autoría.

C) La Sala también quiere precisar que no es cierto que el acto probatorio que fue declarado nulo por la Audiencia Nacional –pericial fisionómica-, haya sido luego objeto de valoración por parte del órgano de enjuiciamiento. No existe tal contradicción. Lo que la Audiencia cuestiona es la capacidad probatoria de un dictamen pericial elaborado de forma unilateral e interesada por parte de los agentes que habían asumido la investigación de los

hechos. Se trata de un documento que, en la metodología con el que fue elaborado, quebrantó las posibilidades de contradicción y defensa. De ahí la prevención excluyente del órgano de instancia. Pero esa constatación no impide que el material fotográfico acogido en el informe pericial, debidamente filtrado por el resultado ofrecido por las demás fuentes de prueba –éstas sí, sometidas a contradicción- pueda ser valorado como elemento determinante de la presencia o ausencia de uno u otro acusado. No es censurable, por tanto, el razonamiento que acoge el FJ 1.1.5 de la resolución combatida. Allí puede leerse lo siguiente: *“...en el caso, la falta absoluta de control judicial de la fuente de prueba impidió la contradicción posterior y limitó el derecho de defensa. Parece obligado poner en cuestión el aprovechamiento de dichas grabaciones e imágenes aportadas al cuadro de la prueba. La Sala entiende, no obstante la constatación de esa ausencia de interposición judicial, que las grabaciones empleadas por los investigadores policiales fueron aportadas a la causa, por lo tanto todo el material estuvo a disposición de las partes, aunque eso dificultara sobre manera la posibilidad de defensa, frente a la acusación pública que cuenta para realizar la tarea de selección con el auxilio de servicios policiales especializados. Además, hay que hacer notar que no se ha puesto en cuestión la alteración o manipulación de las imágenes. Y que una cosa es la facultad de la imagen para comprobar la presencia de un acusado en el tiempo y lugar de la acción incriminada, y otra la reconstrucción del hecho con base en ese documento visual. Se trata de distinguir la capacidad identificativa de la imagen de su eficacia narrativa. La irregularidad detectada en la preparación del medio probatorio a partir de su fuente, debe tener consecuencias en cuanto a su capacidad cognoscitiva y eficacia reconstructiva, pero puede utilizarse a los fines de afirmar, exclusivamente, que un acusado estaba en un lugar y en un momento”*.

La Audiencia, en fin, tuvo en cuenta la propia percepción de la imagen de los acusados en el juicio y la grabación de éste, para valorar por sí mismo aquel material gráfico (filmaciones e imágenes del suceso, reportajes

fisonómicos y pericias de identificación), en el contexto de las restantes pruebas. Algo que luego, en efecto, llevó a cabo (folios 31 a 54), combinando los datos de esa procedencia con las manifestaciones testificales escuchadas en cada caso. Para ello partió de ciertas consideraciones relativas a las pericias fisonómicas, que le llevan a cuestionar, siempre muy razonadamente, su calidad técnica, por razón del método. Primero, porque no se dejó constancia, ni, por tanto, se evaluó la probabilidad de error de éste (dato de obligada presencia en las pericias sujetas a un serio protocolo de actuación). Y después, porque se usó como instrumento, no un programa informático de reconocimiento automático, sino un tratamiento comercial de imágenes, la observación empírica de los agentes y la individualización en términos meramente aproximativos; lo que el Tribunal entendió obligaba a relativizar la fiabilidad de los resultados.

Concluye la Audiencia anunciando la valoración restringida y limitada de algunos de los elementos de prueba incorporados a un informe pericial cuya génesis estuvo lastrada por la ausencia de contradicción y la limitación de las posibilidades de defensa: *“no obstante, dejamos constancia que vamos a atender, con carácter subsidiario, a todas las pruebas producidas en juicio, tanto las filmaciones e imágenes del suceso, como a los reportajes fisonómicos y a las pericias de identificación, analizando críticamente su rendimiento”*.

4.- El Ministerio Fiscal y las acusaciones, ahora por la vía del art. 849.2 de la LECrim, cada uno de ellos en los términos en que han sido formalizados los respectivos recursos, invocan infracción de ley por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, y que no habrían sido desmentidos por otras pruebas.

A) Al respecto, el Ministerio Fiscal señala *“el CD que consta al folio 3168 de las actuaciones, así como los particulares del mismo, el apartado 3 denominado Bloques, que contiene diversos vídeos y fotografías, referidos a cada uno de los hechos”*.

La representación legal del Parlament, en el primero de sus motivos, invoca como documentos que demostrarían la equivocación del Juzgado de instancia, además del CD en el que se contienen las imágenes a que se refiere el Fiscal, “...los testimonios prestados ante el Tribunal sentenciador con todas las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad”.

La defensa de la Generalitat, en el primero de los motivos interpuestos, hace valer en respaldo de su impugnación las imágenes a que se refieren los otros dos recurrentes, incorporadas al CD ya mencionado. También se mencionan algunos particulares del atestado elaborado por los agentes de los *Mossos d’Esquadra*, así como el orden del día del Parlament de Catalunya, incorporado a los folios 1835 a 1837.

El Fiscal es consciente “de la dificultad que entraña convertir una sentencia absolutoria en condenatoria por la vía del error facti del art. 849.2 de la LECrim, máxime a la luz de la última jurisprudencia del TEDH, del TC y de la propia Sala 2ª del TS”. Salvo —concluye— en los casos en los que “la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba”.

Ninguno de los motivos es viable.

B) Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849.2 de la LECrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde “documento” es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de

acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Desde esta perspectiva, es evidente que concurren razones más que fundadas para rechazar el motivo. Hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849.2, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos. Y que tampoco tienen esa condición las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, ni las diligencias policiales con manifestaciones de los propios agentes o de otras personas, recogidas por ellos e incorporadas al atestado (cfr. SSTS 341/2008, 16 de junio; 2076/2002, 23 de enero; 993/2002, 27 de mayo; 1606/2001, 7 de septiembre; 1388/1997, 10 de noviembre y 114/1995, 10 de noviembre).

Tiene razón el Fiscal al constatar la dificultad que presenta la estimación de un motivo de esta clase dotado de un fundamento como el que lo acompaña. Y no por la naturaleza del soporte documental, sino porque lo pretendido a su amparo es —como insistentemente se expresa— una valoración de parte de la prueba, que, incluso de seguirle en su propio curso argumental, no bastaría por sí misma, cuando, como es el caso, concurren pruebas que contrastan con la que se coloca en la base del motivo. Lo que, además, refuerza hasta el límite la inviabilidad de éste, debido a que las últimas aludidas son de carácter personal (de los agentes policiales, de los acusados y de distintos parlamentarios) y, obviamente, no han sido vistas, ni podrían serlo ahora, por esta Sala.

B) Pero a esa dificultad asociada a los requerimientos técnicos del recurso de casación como vía extraordinaria para rebatir la sentencia de instancia, se añade el actual estado de cosas en relación con los obstáculos asociados a la jurisprudencia que previene y define los límites de la revocación de una sentencia absolutoria. En efecto, el examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia –decíamos en nuestras SSTs 976/2013, 30 de diciembre y 91/2013, 1 de febrero- no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absolutorio, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (STC 142/2011, de 26 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 115/2008, de 29 de septiembre; 49/2009, de 23 de febrero; 120/2009, de 18 de mayo; 184/2009, de 7 de septiembre; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de

cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis –como recuerda la STC 45/2011, de 11 de abril– que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, *caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, *caso Hermi c. Italia*, § 64; 10 de marzo de 2009, *caso Igual Coll c. España*, § 27 y 16 de diciembre de 2008, *caso Bazo González c. España* (§ 31), entre otras).

A partir de esas premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim.

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del factum permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a

la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que “...demuestren la equivocación del juzgador”, ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten “...contradichos por otros elementos probatorios”. Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales –aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio.

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

No es éste el caso. La valoración probatoria de la Audiencia Nacional – más allá del acuerdo o rechazo que genere en el Fiscal y los demás recurrentes-

no puede considerarse arbitraria. La Sala no detecta razones, no ya para sustituir el relato fáctico proclamado en la instancia, sino para afirmar que su resultado es la consecuencia de un ejercicio de arbitrariedad por parte de los Magistrados que integran el órgano decisorio.

Se impone, en consecuencia, la desestimación de los motivos esgrimidos por el Fiscal y la representación legal del Parlament y la Generalitat que, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, aspiran a una rectificación del hecho probado, tal y como ha sido proclamado por el Tribunal *a quo*.

5.- El cuarto motivo de los formalizados por el Ministerio Fiscal, con cita del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, error de derecho por la indebida inaplicación de los arts. 498, 550, 551.2 y 77 del CP, error que se extiende a la errónea aplicación de la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP.

A) A juicio del Fiscal, los hechos, tal y como han sido narrados en el factum, encierran todos los elementos típicos del delito que castiga, entre los ataques contra las instituciones del Estado, a quienes mediante violencia, intimidación o amenazas graves, impidieran a un miembro de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, asistir a las reuniones propias del órgano o, por los mismos medios, coartara la libertad de opinión o de emisión de voto de sus integrantes (art. 498 CP). Estima, asimismo, que los hechos son constitutivos de un delito de atentado, a la vista de la condición de autoridad de los parlamentarios autonómicos sobre los que se ejerció fuerza e intimidación (arts. 24 y 551.2 CP). Estos delitos se encontrarían en una relación de concurso medial, ya que, de conformidad con el art. 77 del CP, “...*el ataque a los diputados, el atentado, era un medio para cometer el delito del art. 498 del CP*”. Descarta el Fiscal, además, la apreciación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, al entender que “...*la conducta de los acusados fue más allá de la simple participación en una manifestación pacífica como ejercicio del*

derecho de reunión (...). Una manifestación pacífica no trata de impedir el acceso a los parlamentarios a su sede, ni les obliga a acceder en helicóptero, ni necesita golpear los vehículos en los que viajaban, ni les increpa de forma amenazante, ni se <confronta> físicamente con ellos". Concluye el Fiscal que tampoco pueden entenderse amparados los hechos en una pretendida tolerancia con los excesos de la libertad de expresión, justificados, a criterio del Tribunal, por la titularidad privada de los medios de comunicación y el carácter partidista con el que se lleva adelante la gestión de los de carácter público.

Las respectivas representaciones legales del Parlament y de la Generalitat también se acogen a la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, si bien, a diferencia del Fiscal, estiman que el error de subsunción se limitaría a la errónea inaplicación del art. 498 del CP, en relación con los acusados en los que centran sus recursos. No extienden su desacuerdo, sin embargo, a la condena de aquéllos como autores de un delito de atentado, tal y como reivindica el Fiscal.

El motivo ha de ser parcialmente estimado.

B) La sentencia de instancia descarta la aplicación del art. 498 del CP. Y lo hace a partir de un discurso metodológico que se inicia con un intento de delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación y del significado de los piquetes como instrumentos de confrontación frente al poder político (apartados 2.1 y 2.1.1). Le sigue una reflexión sobre los límites a la intervención penal ante conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental (art. 2.1.2).

Los Jueces de instancia que suscriben el criterio mayoritario, antes de resolver acerca del juicio de subsunción, se consideran obligados a definir el alcance de la protección constitucional de los derechos de reunión y manifestación, así como de la libertad de expresión. Y ello como paso previo

para justificar la necesidad de admitir excesos en el ejercicio de aquellos derechos que, en el caso concreto, habrían de conducir de forma necesaria a la exclusión de la antijuridicidad de los hechos por los que se formuló acusación. Con una minuciosa cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, se razona en los siguientes términos: “...en la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el artículo 21 de la Constitución, antes de analizar el ámbito de lo prohibido en esos tipos penales que proponen las acusaciones, que operan como límites externos del derecho fundamental, la cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos. Porque es la Constitución la que identifica los bienes jurídicos merecedores de protección penal y la que, por razones de jerarquía normativa, delimita la intervención penal y la aplicación de los tipos definidos por la ley como delitos. Como se ha dicho, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución”.

A juicio del Tribunal *a quo*, el actual régimen de titularidad de los medios de comunicación –privados algunos, públicos otros, pero gestionados con criterios partidistas- conduce a los sectores más marginados a una situación de exclusión social que convierte la reunión y manifestación en el único medio posible a su alcance para poder transmitir sus quejas y reivindicaciones. En palabras de la Audiencia Nacional –según puede leerse en el FJ 2.1-: “...porque la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección. Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 66/1995, Fj 3). Aparece la cuestión, fundamental en un orden constitucional democrático -donde los derechos limitan a los

poderes-, de la posibilidad de las personas de hacerse oír, del acceso ciudadano al espacio público -delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas- y de la sistemática marginación de las voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles. La realidad pone de manifiesto la invisibilidad de ciertas realidades dramáticas por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones. Para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática”.

*El pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas -mas cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos-frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas, si se quiere un debate público "sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta" (expresión acuñada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la época del presidente Warren, en el paradigmático caso *New York Times Co. v. Sullivan* , 376 US 254, 1964, sentencia redactada por el juez Brennan, que recordaba cómo la libertad de expresión, a pesar de excesos y abusos, es esencial en una democracia). Las libertades de reunión y manifestación son expresión de la participación de las personas en la vida común, ponen a prueba la existencia de una auténtica autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita”.*

La idea de un exceso en el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión, justificado por el actual régimen jurídico de la titularidad de los medios de comunicación, vuelve a hacer acto de presencia en otro de los

fragmentos acogidos en el mismo fundamento jurídico: “...*en conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección y necesitan "de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez ni temor" (STC 110/2000 , Fj 5). Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar”.*

En otros pasajes del razonamiento que ha llevado a la absolución de los acusados, la Audiencia interpreta y valora el objetivo de la protesta como una defensa de la Constitución frente a lo que etiqueta como su “*vaciamiento*” originado por las “*políticas de austeridad*”, puestas al servicio de la defensa de la “*Constitución formal*”. Los Magistrados que conforman el voto mayoritario ven en la jornada de protesta que está en el origen de los incidentes enjuiciados, lo que históricamente se ha conocido como una “*acción revocatoria de mandatos*”, como forma de reacción frente a los límites derivados del mandato representativo –no imperativo- sobre el que se articula nuestro sistema democrático. En sus propias palabras: “...*el lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitución social, que protege los derechos*

fundamentales sociales, económicos y culturales (el acceso a la salud, a la enseñanza, a la vivienda y al trabajo, la protección frente al desempleo, la enfermedad y la vejez), y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la sociedad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos.

Por sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal.

Pero, la leyenda de la convocatoria era problemática, por los términos en que estaba planteada ("Aturem el Parlament", Paremos el/al Parlamento) y por los métodos de protesta que se podían emplear para alcanzar tal objetivo. Problemática, también, en una sociedad poco acostumbrada a la reacción frente a las decisiones de los parlamentos y de los representantes políticos de la ciudadanía. Nuestra Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1). En alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes - el 28.11.2010- se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las

sociedades, se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación.

La protesta autorizada ante el Parlament de Catalunya se iba a desarrollar bajo dos formas de acción colectiva. Por un lado, la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social. De otro lado, la confrontación con los diputados, personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir”.

Concluye el razonamiento que ve en la protesta desarrollada los días 14 y 15 de junio de 2011, ante el Parlament de Catalunya. una legítima expresión de la acción ciudadana encaminada a remover los obstáculos que se opongan a la libertad e igualdad efectivas, con una teorización acerca del significado y la funcionalidad de los piquetes como forma de oposición a determinadas políticas o decisiones de alcance social: “...esa segunda fase de la protesta actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática, lo que conocemos como piquete. La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (de modo paradigmático los piquetes de extensión de la huelga, que buscan convencer a otros empleados de las buenas razones de la protesta y neutralizar el poder del empresario sobre ellos para influir en que no ingresen en el lugar de trabajo y se unan al conflicto). Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución

policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache).

Porque el piquete propone una confrontación personal, física y moral, entre el objetor y el destinatario del requerimiento (el que decide, aquel al que se dirige de modo directo el mensaje de la protesta) el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento, como ha dicho el filósofo del derecho Owen Fiss, comentarista de la libertad de expresión y del derecho a la protesta. El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas. La ley que regula el derecho de reunión y manifestación permite al Estado decidir ese tipo de injerencia, para ordenar una forma de protesta que genera incomodidades y sacrificios. La autoridad gubernativa, cuando concurren razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, tiene la potestad de proponer a los organizadores una modificación en el lugar o itinerario de la manifestación (art. 10 Ley 9/1983)”.

La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el art. 20.7 del CP. La absolución resulta obligada con el fin –se razona- de evitar lo que los Jueces de instancia denominan “*el efecto desaliento*”, cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta: “...es aquí

donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. Porque las acciones que las acusaciones pretenden incriminar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular, por parte de un grupo de personas que se confrontaban con sus parlamentarios -en los términos que la autoridad gubernativa había considerado-, para trasladarles un comunicado de repulsa ante las decisiones que iban adoptar en la sesión plenaria, algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad. La prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlament o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto”.

C) La Sala no puede identificarse con este discurso. A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las *técnicas de balanceo* exigidas por

nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales -en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo-, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que ha de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes -el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo- que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema.

Como ya hemos apuntado, contribuye al equívoco desenlace que anima la sentencia de instancia, una cita de precedentes de la jurisprudencia constitucional que, fuera del contexto que justificó la proclamación de esa doctrina, no pueden servir de pauta ponderativa. Así acontece, por ejemplo, con la alusión a la STC 66/1995, 8 de mayo (FJ 3º), cuando se invoca como precedente para subrayar la idea de que el ejercicio del derecho de manifestación es, en la práctica, “...*uno de los pocos medios de los que [ciudadanos] disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones*”. Tan cierta como esa afirmación lo es la referencia -de la que también se hace eco la sentencia recurrida- a la *finalidad* y al *lugar* de celebración como elementos configuradores del derecho subjetivo de reunión, así como el carácter no absoluto de ese derecho. En palabras del Tribunal Constitucional: “...*el derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del*

intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración transitoria-, el finalista -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración- (por todas STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo» posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones. (...) No obstante, también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes”.

Más allá de la claridad que la cita completa de ese fragmento puede ofrecer desde la perspectiva de lo que el propio Tribunal Constitucional denomina “*elementos configuradores*” del derecho de reunión, conviene dejar constancia de que el recurso de amparo promovido para reivindicar aquel derecho fundamental nada tenía que ver con la colisión entre el derecho a reunirse y el derecho de participación. En efecto, lo que estaba entonces en juego –y que, por cierto, determinó la desestimación del recurso de amparo- era la queja presentada por la Federación de Banca, Seguros y Oficinas (FEBASO) UGT contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había confirmado una resolución de la Delegación del Gobierno, prohibiendo la concentración prevista por dicho sindicato en la zona de Canalejas, Puerta del Sol, Alcalá, Gran Vía, Cibeles en atención a que la Plaza de Canalejas en aquellas fechas, constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, reforzada por los

cortes de tráfico que por dicha fecha -5 de junio de 1992- se producían por obras en la Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes.

Algo similar sucede con la cita extractada de la STC 110/2000, 5 de mayo, cuando da pie a los Jueces de instancia a recordar que “...*la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio», es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor*”.

Esta Sala se identifica con el recordatorio –proclamado también en numerosos precedentes de nuestra jurisprudencia-, del papel decisivo de la libertad de expresión, sin cuya reforzada vigencia se desmorona el Estado de derecho. Sin embargo, compartir la trascendencia constitucional del derecho reconocido en el art. 20.1 de la CE no implica aceptar acríticamente ese precedente jurisprudencial como fuente inspiradora de una mimética solución para un supuesto en el que la colisión de derechos presenta una singularidad que nada tiene que ver con la que fue entonces objeto de análisis y solución por el Tribunal Constitucional. En efecto, la STC 110/2000, dio respuesta a un recurso de amparo cuyo objeto era totalmente ajeno a la tensión entre los derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa, convergen y se interfieren. Entonces se reaccionaba frente a la condena judicial impuesta a un periodista que había publicado en un periódico regional un artículo de contenido crítico contra un representante político al que denominaba “*el Senador rompenidos*”. Que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor personal del recurrente en amparo fuera resuelto a favor del primero de los derechos, forma parte de las reglas ya asentadas jurisprudencialmente para resolver la convergencia entre ambos derechos. Sin embargo, que esas reglas inspiren el desenlace entre las libertades de expresión y reunión y el derecho de participación, habría exigido una argumentación ponderativa singular, de la que no encontramos rastro en la resolución de instancia.

El mismo error metodológico detectamos en la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, aludió a la necesidad de aceptar un debate público “sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta”, que reafirme la vigencia de la libertad de expresión, a pesar de sus excesos y abusos, como presupuesto de todo sistema democrático.

La Sala ha de coincidir necesariamente con el valor histórico del precedente representado por la sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*. Aquella resolución –ponencia del Juez William Brennan- fijó una doctrina que ha venido inspirando otros muchos precedentes de la Corte Suprema Americana (cfr. *Rossenblatt v. Baer* -1964-; *Curtis Publishing Co v. Butts* -1967-; *Associated Press v. Nalker* -1967-; *Time Inc. v. Hill* -1967- o *Rosenbloom v. Metromedia* -1971-. Incluso, buena parte de sus argumentos han servido para la solución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de reclamaciones frente a la vulneración de la libertad de expresión (cfr. STEDH sentencia 8 de junio de 1986, caso *Lingens*).

Sin embargo, ninguno de esos precedentes ofrece una solución a la colisión de derechos surgida a raíz de los acontecimientos desarrollados los días 14 y 15 de junio de 2011, en los alrededores del Parlament de Catalunya. Lo que constituye su objeto está relacionado con los límites de la libertad de expresión frente a la honorabilidad de los personajes públicos o, en otros casos, personajes privados. Que el Juez Brennan resolviera el conflicto entre la libertad de expresión de un relevante medio de comunicación –*New York Times*- y la honorabilidad de *L.B. Sullivan* -comisario de policía en Alabama, afectado por un anuncio publicitario pagado por las asociaciones activistas de los derechos de los negros durante la lucha encabezada por *Martin Luther King*-, nada resuelve cuando el conflicto, como en el caso que nos ocupa, se suscita, no entre la libertad de expresión de los manifestantes y el honor de los Diputados a los que

se impidió el desarrollo de su tarea, sino entre esa libertad y el derecho de participación proclamado por el art. 23 de la CE.

La Sala no puede sino identificarse con la necesidad de una acotación expansiva del derecho a la libertad de expresión, como garantía de la pervivencia misma del Estado de Derecho. Son numerosos los ejemplos de nuestra jurisprudencia en los que venimos propugnando una delimitación *in extenso* de ese derecho, de modo reiterado, cuando contiene con el derecho al honor de los personajes públicos o privados (cfr. SSTs 587/2013, 28 de junio; 843/2014, 4 de diciembre y AATS 7 noviembre 2014, 23 mayo 2014, 12 marzo 2014 y 28 junio 2013, todos ellos dictados en causas especiales contra aforados). Sin embargo, nuestra identificación con ese criterio de delimitación de la libertad de expresión, no nos libera de exigir al Tribunal de instancia una tarea ponderativa singular y específica, cuando la convergencia de los valores en juego se desplaza desde la honorabilidad del afectado por una información que le concierne, al libre desarrollo de sus tareas legislativas por los representantes políticos democráticamente elegidos y a todos los ciudadanos que confían en el normal desarrollo de las actividades del *Parlament* como presupuesto *sine qua non* para el ejercicio de su derecho de participación.

El art. 23 de la CE -y así lo ha recordado la reciente STC 1/2015, 19 de enero- incluye en el contenido de su apartado 2º, no sólo el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, sino la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos (cfr. SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6 y 40/2003, FJ 2, entre otras). Y cuando la perturbación de su ejercicio tiene como destinatarios a los representantes parlamentarios, la obstaculización de sus funciones afecta, no sólo a éstos, sino también al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el apartado 1º del mismo art. 23 de la CE (SSTC

161/1988, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, FJ 3 y 40/2003, FJ 2).

La idea de que el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por medio de sus representantes, forma parte de una consolidada jurisprudencia constitucional. La ya citada STC 1/2015, insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de todas aquellas normas emanadas de los órganos legislativos que impliquen una limitación de la función parlamentaria, así como en la exigencia de una estricta motivación de los criterios de excepcionalidad, “...bajo pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (art. 23.2 CE), sino también de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos, ex art. 23.1 CE (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3 y 40/2003, FJ 2, entre otras muchas)».

D) Así delimitado el contenido material del derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE), un primer error de la sentencia de instancia se hace patente. Y es que los acontecimientos violentos acaecidos como consecuencia del movimiento de protesta que llevó a la convocatoria, los días 14 y 15 de junio, de una concentración en el Parlament de Catalunya bajo el lema “*Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades*” –*paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes*-, no pueden ser degradados a un simple problema de convergencia antinómica entre los derechos de expresión y reunión y el derecho al honor de los representantes de los ciudadanos. Tampoco implicó exclusivamente un menoscabo de la capacidad de los Diputados autonómicos para el libre ejercicio de sus funciones representativas (art. 23.2 CE). El conflicto fue más intenso, pues no sólo afectó a los derechos de los que quisieron reunirse y expresar libremente su desacuerdo con las políticas aprobadas por el Parlament, frente el derecho de los parlamentarios a ejercer su función pública sin cortapisas; antes al contrario, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era

también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la CE y art. 29.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Esta dimensión del derecho de participación enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el art. 1 de la CE –precepto calificado certeramente como *norma de apertura* que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente- proclama como *valores superiores* del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el art. 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el *Parlament* los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equivocada ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El *Parlament* –según proclama el art. 55 del Estatuto de Autonomía- “*representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad*

legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable”.

Y cuando el ejercicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto prescinde de los pilares sobre los que se sustenta el equilibrio de nuestro sistema democrático, el desenlace, sin quererlo, puede resultar llamativo. Así acontece con la sentencia objeto de recurso, en la que los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario no tienen objeción alguna en admitir la negación del derecho de participación por la necesidad de tolerar *excesos* en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión y, sin embargo, no dudan en sancionar penalmente al único manifestante que lesionó la propiedad individual de una de las Diputadas. En efecto, la condena de José María Vázquez Moreno a una pena privativa de libertad, como autor de una falta de daños del art. 625.1 del CP, por haber manchado con un spray la prenda de vestir de la diputada Monserrat Tura, encierra la paradójica condena por la ofensa a un bien jurídico –la propiedad individual- que se alzaprime frente a las libertades de expresión y el derecho de reunión. La tesis que anima la resolución de instancia admite *excesos* que menoscaban el derecho de participación de los Diputados autonómicos y de los ciudadanos catalanes que les eligieron, pero no tolera ninguna extralimitación cuando lo que está en juego es la propiedad individual (art. 33 CE). Con arreglo a ese discurso, la función constitucional para la que había sido designada la Diputada Monserrat Tura sí podía convertirse en objetivo de los excesos de los manifestantes, pero su propiedad individual, expresada en la chaqueta que vestía, había de quedar a salvo frente a cualquier ataque. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento de los Jueces de instancia, los actos destructivos, cuando afectan al pluralismo político, pueden estar justificados en función de la titularidad de los medios de comunicación, pero cuando menoscaban la propiedad individual, desbordan toda causa de justificación y han de ser irremediabilmente penados. El Tribunal *a quo*, en fin, no descarta la retribución penal frente al ataque a la propiedad individual. Y ello

pese a la escasa significancia en la ofensa al bien jurídico protegido y que la propia perjudicada había renunciado expresamente a toda reparación económica.

La Sala estima, en consecuencia, que los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP –*ejercicio legítimo de un derecho*-. Su apreciación es el resultado de un equivocado juicio ponderativo que confunde y distorsiona el significado constitucional de los principios, valores y derechos en juego.

E) Estiman el Fiscal y las restantes acusaciones que la sentencia de la Audiencia Nacional incurre en un error jurídico en la subsunción de los hechos. Para el Ministerio Público, el relato de hechos probados incluye los elementos típicos que permitirían la condena por los delitos previstos en los arts. 498, 550 y 551.2 del CP, en concurso ideal del art. 77 del CP. Las acusaciones ejercidas en nombre de la Generalitat y del Parlament limitan el error de derecho a la indebida aplicación del art. 498 del CP.

Tienen razón el Fiscal y las acusaciones cuando califican los hechos como constitutivos de un delito del art. 498 del CP.

Una precisión inicial resulta obligada. Como hemos señalado *supra* (FJ 4, apartado B), la anulación de una sentencia absolutoria y su sustitución por otra de condena está sometida, en el estado actual de la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, a los límites derivados de la necesidad de no transgredir el significado del principio de inmediación y la vigencia del derecho de defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado – en relación con la posibilidad de revocar sentencias absolutorias mediante la estimación de un recurso de apelación- que cuando el Tribunal *ad quem* ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general el tema de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso,

resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa.

La STC 157/2013, 23 de septiembre, recuerda que “...desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, (...) cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que ‘tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates’ (entre otras SSTEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España* § 24; 16 diciembre 2008, caso *Bazo González c. España* § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que “los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados.” (§ 36)». (STC 45/2011, FJ 3).

En dicha sentencia precisamos que «si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso –como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal–, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.» (STC 45/2011, FJ 3)”.

Con carácter general, por tanto, sólo por la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, que exige como presupuesto metodológico el mantenimiento del hecho probado, es posible sustituir el pronunciamiento absolutorio del Tribunal de instancia por una decisión de condena. Es el debate estrictamente jurídico el que autoriza la anulación de la sentencia absolutoria. Cuando la controversia que integra el objeto del recurso de casación se centra en el juicio de tipicidad, nada impide a esta Sala apreciar la concurrencia de los elementos del tipo penal por el que se formuló acusación, incluso cuando el Tribunal *a quo* ha estimado, ya sea por los términos en que se ha proclamado el juicio histórico, ya por la concurrencia de una causa de justificación, que los hechos no conllevan la exigencia de responsabilidad criminal. Y esto es, precisamente, lo que acontece en el presente caso.

El error jurídico de la Audiencia Nacional a la hora de ponderar los valores constitucionales en conflicto y decidir, en nombre de los excesos que el sistema ha de tolerar, como consecuencia de la titularidad de los medios de

comunicación, el sacrificio del derecho de participación, así como de los valores superiores de la libertad y el pluralismo político, nos lleva a un análisis del relato de hechos probados conforme a lo que en el mismo se describe. Y su lectura evidencia, sin duda, que algunos de los partícipes en los incidentes desarrollados durante los días 14 y 15 de junio, a raíz de la concentración convocada ante el Parlament de Catalunya, incurrieron en el delito previsto en el art. 498 del CP.

F) Este precepto sanciona a *“los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro (...) de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, asistir a sus reuniones o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto”*.

Se trata de un delito de tendencia, como se desprende del empleo de la locución *“para impedir”*. Si bien no falta alguna propuesta dogmática minoritaria que estima que estamos ante un delito de resultado, el entendimiento más extendido considera que el art. 498 no exige para su consumación que, como efecto de los medios empleados, el Diputado no haya podido asistir a las reuniones, no haya votado efectivamente o haya experimentado una restricción efectiva de su libertad de expresión. Basta convertir a aquél en destinatario del acto violento o intimidatorio, emplear la fuerza o amenazarle gravemente, para que el delito se consuma. Siempre, claro es, que el fin perseguido sea impedir la asistencia del Diputado a las sesiones o, en el transcurso de éstas, coartar su libertad de expresión o de voto. Estamos en presencia, por tanto, de un delito pluriofensivo, en la medida en que implica, por razón del medio ejecutivo empleado, un atentado a la libertad de los Diputados. Pero es algo más. Como ya hemos apuntado *supra*, se dirige a perturbar el normal funcionamiento del órgano parlamentario, con el consiguiente menoscabo del derecho de participación reconocido en el art. 23 de la CE. Se vulnera, no sólo el derecho del Diputado electo al ejercicio del cargo público para el cual fue designado,

sino que, además, se afecta de forma indirecta el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes.

Esta Sala sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del bien jurídico del delito previsto en el art. 498 del CP, en el ATS 8 de noviembre de 2012, recaído en la cuestión de competencia suscitada entre los Juzgados Centrales de instrucción de la Audiencia Nacional y el Juzgado de instrucción de Barcelona. Allí decíamos que *“...la competencia de la Audiencia Nacional de los delitos contra las Instituciones del Estado requiere de la concurrencia de dos requisitos: a) que el sujeto pasivo del delito sea un Alto Organismo de la Nación o, en terminología del Código Penal, una Institución del Estado; y b) que el bien jurídico protegido lo constituya la dignidad y normal funcionamiento de esas Instituciones. Ambos requisitos concurren en el caso que nos ocupa: relevancia constitucional de los Parlamentos autonómicos, asimilada y cercana al de las Cortes Generales, y que, en el tipo del art. 498 se tutela y protege el normal funcionamiento de las Cámaras Legislativas, sean estatales o autonómicas, como órganos de representación y manifestación de la soberanía popular y titulares de la potestad legislativa, y ello porque ese normal funcionamiento tiene como presupuesto básico el que los parlamentarios puedan acceder con normalidad y libertad a las sedes parlamentarias y así ejercer sus funciones emitiendo opiniones, participando en los debates o emitiendo su voto. Aunque la conducta típica de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave se dirija directamente contra la persona del parlamentario, la finalidad es la perturbación del funcionamiento de la propia Institución, que se ve alterada cuando se impide o coarta a éstos su asistencia a las reuniones, la manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto. Se trata, en definitiva, de un tipo penal de naturaleza pluriofensiva en el que se ve afectada la libertad y seguridad del parlamentario, pero también y fundamentalmente, en el que se ataca y cuestiona el funcionamiento de la propia Institución parlamentaria. En este sentido, el sujeto pasivo de la acción podrá serlo el parlamentario, pero el sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico es la misma Asamblea*

legislativa. Esto es lo que cualifica este delito respecto a las coacciones o amenazas genéricas o respecto al delito genérico de atentado cometido sobre miembros de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que expresamente se tipifica en el art. 551.2 del Código Penal”.

G) Delimitado así el bien jurídico, la Sala descarta la autoría de todos aquellos respecto de los que la Audiencia Nacional sólo ha estimado probada su presencia en el lugar de los hechos, sin relación directa con los incidentes que en el juicio histórico se describen. Sin embargo, consideramos que son autores del delito previsto en el art. 498 los siguientes acusados: José María Vázquez Moreno, Francisco José López Cobos, Ángela Bergillos Alguacil, Jordi Raymond Parra, Ciro Morales Rodríguez, Olga Álvarez Juan, Rubén Molina Marín y Carlos Munter Domec.

Sobre el contexto en el que esos altercados se produjeron, el primero de los apartados de los hechos probados describe que “...*el movimiento de protesta surgido en las plazas de las grandes ciudades a lo largo de la primavera del año 2011, conocido como 15m, convocó los días 14 y 15 de junio una concentración ante el Parlament de Catalunya con ocasión de la aprobación de los presupuestos de la Comunidad para aquel año, en protesta por la reducción del gasto social. El lema de la movilización era "Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades" (Paremos al/el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes). La manifestación fue comunicada a la autoridad por las organizaciones que la convocaban, el movimiento L'Acampada de Barcelona y las Asociaciones de vecinos de la ciudad, y publicitada por varios medios, entre otros una rueda de prensa, celebrada el 10 de junio...*”.

La concentración tenía, pues, un objetivo bien claro. Así lo proclamaba el lema de su convocatoria: “*aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)*”.

Como expresa su significado gramatical, “*parar*” es “*detener*”, “*impedir*” el normal desarrollo de la función parlamentaria. Y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. No se trataba, por tanto, de expresar el desacuerdo con las políticas presupuestarias restrictivas mediante una concentración en las proximidades del Parlament. Tampoco tenía aquella manifestación como objetivo servir de vehículo para proclamar la indignación colectiva frente a esas políticas. Su finalidad no era otra –así lo describe el hecho probado- que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto. No se trataba, en fin, de valerse de formas directas de decisión política como fórmula alternativa a los dictados de la representación parlamentaria. Lo que perseguían los allí concentrados era atacar las raíces mismas del sistema democrático. Despojar al órgano que expresa la voluntad popular de toda posibilidad de creación normativa (“...*no deixarem que aprovin/no permitiremos que aprueben*”).

Y esta finalidad no queda oscurecida, desde luego, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes “...*dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar*”. Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del *Parlament* y añadir inmediatamente después que lo que verdaderamente se persigue es “...*detener el ataque contra los derechos sociales*”

y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar". Y es que mal se puede evitar la aprobación de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.

Sobre el fin que perseguían los acusados, es también claro el relato de hechos probados cuando explica que "*...a primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios*". Fue necesario, en consecuencia, el empleo de la compulsión personal por parte de los agentes para alejar a los manifestantes y dejar expedita una vía de tránsito que permitiera el acceso de los parlamentarios al edificio que constituye la sede del órgano legislativo.

El ataque al bien jurídico protegido por el art. 498 del CP no puede verse minimizado por la comprensión que algunos de los Diputados llegaron a mostrar, durante su declaración como testigos, a la acción desplegada por los acusados. Estamos en presencia de un bien jurídico que, al menos en su dimensión de derecho de los ciudadanos a la participación política que, como tal, es indisponible por quien no es titular del mismo. Tampoco afecta a la consumación del hecho delictivo, tal y como hemos delimitado el alcance típico del art. 498, el dato de que la práctica totalidad de los Diputados no padeciera en su integridad física o porque los daños a la propiedad causados fueran de escasa relevancia. Y, por supuesto, el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las inmediaciones del Parlament.

Son muchos los fragmentos del juicio histórico en los que la lesión del bien jurídico –el normal funcionamiento del órgano parlamentario– se dibuja con absoluta nitidez. Así, en el apartado 3º se apunta el temprano inicio de la acción

obstaculizadora por parte de los manifestantes, que generó problemas para algunos de los representantes: *“...a partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 h”*.

Especialmente descriptivo es el pasaje en el que se narra el intento frustrado del President de la Generalitat y de otros Diputados de acceder por la puerta que había sido habilitada por los agentes. En este caso, pese a la declarada falta de pruebas acerca de quiénes fueron los autores de los incidentes violentos, el episodio descrito es buena muestra del clima coactivo creado para llevar a buen fin el lema de la convocatoria que, como venimos insistiendo, incluía una llamada a parar el Parlament e impedir la aprobación de medidas presupuestarias de carácter restrictivo: *“...hacia las 9.25 h. el President de la Generalitat D. Artur Mas i Gavarró ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergencia i Unió (Ciu) D. Josep María Llop i Rigol y D. Antoni Fernández Teixidor, en una comitiva de cuatro vehículos -en uno de ellos iba la Presidenta del Parlament- y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar.*

En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas -ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos- se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo levantó la mano y el brazo derecho cuando el automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó

abrir las puertas -que se hallaban aseguradas- y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada”.

Es, por tanto, en ese clima coactivo, en esa atmósfera intimidatoria descrita en el hecho probado, en el que se desarrollan varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal.

a) Es el caso de José María Vázquez Moreno, quien en un momento determinado, mientras la Diputada Monserrat Tura caminaba en dirección al Parlament dialogando con uno de los manifestantes, le pintó por la espalda su chaqueta, valiéndose para ello de un spray: “...*hacia las 8.30 h. la diputada del grupo parlamentario del Partit dels Socialistes de Catalunya (Psc) D^a. Monserrat Tura i Camafreita caminaba por el parque hacia el Parlament, dialogando con una mujer que allí se manifestaba y que le comunicaba la situación de sus hijos, universitarios y en paro, cuando D. José María Vázquez Moreno se le acercó por detrás y le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un espray, que ensuciaron también el bolso que llevaba en bandolera. La Sra. Tura reparó en el incidente una vez que entró en el edificio del Parlament y se quitó la prenda”.*

En el FJ 1.2.3, de la sentencia recurrida, bajo el epígrafe “*Hecho 2. Acción sobre la diputada Sra. Tura i Camafreita*”, la Audiencia Nacional explica las razones por las que entiende que esa conducta no es constitutiva del delito previsto en el art. 498 del CP: “...*la conducta no tiene la relevancia que se pretende, ya que el sujeto pasivo se dio cuenta cuando en el parlamento se quitó la prenda, y no era idónea la acción para impedir, limitar o constreñir la voluntad de la diputada. Su conducta se produce en ese contexto de la*

manifestación en el parque, pero en un momento en que la diputada no era objeto de hostigamiento alguno". De entrada, la consumación del delito no depende del momento en el que el sujeto pasivo se percató de que la prenda que viste ha sido intencionadamente manchada. La propia sentencia reconoce que esa conducta se produjo "*...en el contexto de la manifestación del parque*", pero en un momento en el que la Diputada no estaba sufriendo actos de hostigamiento.

La Sala estima, sin embargo, que lo que los Jueces de instancia denominan "*el contexto de la manifestación*" ya ha sido descrito por ellos mismos en pasajes anteriores. Se trata de una manifestación convocada para paralizar las actividades parlamentarias que preveían la aprobación de medidas presupuestarias de restricción del gasto público. El lema no podía ser más explícito ("*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades/Paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes*"). La tarde del día anterior unas mil personas se reunieron junto al Parc de la Ciudadella, obligando a la Policía a cerrar ese recinto durante la noche, impidiendo así el libre acceso a ese espacio. A primera hora de la mañana, los agentes tuvieron que emplear la fuerza para disolver, en varias ocasiones, a los manifestantes, intentado dejar abierta la puerta 7 como vía franca de acceso. En el momento en el que la Diputada Monserrat Tura intenta acceder al inmueble en el que se desarrolla su función hay más de 600 personas congregadas en los alrededores.

La acción llevada a cabo por José María Vázquez –pintar en la espalda de la chaqueta de la Diputada dos trazos negros con un spray y ensuciar el bolso que portaba en bandolera- no puede interpretarse de forma descontextualizada como un simple ataque intencionado contra el patrimonio de Monserrat Tura. Y eso es lo que hace precisamente la sentencia de instancia. Primero explica que ese ataque se verifica *en el contexto de la manifestación* convocada –José María Vázquez es, por tanto, uno de los manifestantes que quiere paralizar el Parlamento impidiendo la aprobación de lo que considera recortes

presupuestarios- y luego relativiza su alcance con el argumento de que en ese momento no se está realizando ningún acto de hostigamiento.

Sin embargo, entendemos que el acusado no hizo sino ejecutar una acción que es la concreción exacta del fin colectivo perseguido por los manifestantes. Y para ello ni siquiera es necesario subrayar el párrafo de la fundamentación jurídica en el que la testigo narra lo sucedido, narración que, por cierto, la Audiencia califica de “*relato completo*”: “...la testigo dio un relato completo: sobre sus conversaciones con algunos manifestantes mientras se acercaba al parque, de las críticas que le dirigieron (algunos tildaban a los diputados de “inútiles”), del lanzamiento de objetos, como un pequeño tetrabrik con zumo de frutas, así como de algún empujón, lo que tuvo lugar en la puerta de acceso al parque, donde había gran densidad de gente, que aumentaba según se adentraba hasta el edificio parlamentario. En el momento no se dio cuenta de que le pintaban la chaqueta”.

La autoría que declaramos respecto del acusado José María Vázquez Moreno no necesita apoyarse en ese relato de la fundamentación jurídica, en el que se incluyen insultos, lanzamiento de objetos, empujones y una aglomeración que impedía el libre tránsito hacia el edificio. Lo prohíbe la jurisprudencia de esta Sala, que no permite integrar el factum con frases no incluidas en el juicio histórico. Pero es que esa integración resulta absolutamente innecesaria. En efecto, la ofensa al bien jurídico y el entorpecimiento intimidatorio de las labores parlamentarias de los representantes ciudadanos, no precisa de otros añadidos ajenos al factum. Se ha hecho ya patente en el lema de la convocatoria, que llama a parar la actividad parlamentaria; en la concentración multitudinaria que se produce en el Parc de la Ciutadella, que hubo de ser disuelta repetidamente para abrir una puerta de acceso al recinto parlamentario y, en fin, en la presencia de más de 600 personas en el momento en el que la Diputada se dirige hacia el lugar de ejercicio de sus derechos como representante ciudadana. Es en ese momento en el que, mientras dialoga con una de las manifestantes que le relata

su situación personal cuando José María Vázquez ejecuta su particular aportación al lema de la convocatoria.

b) También consideramos que Francisco José López Cobos es autor del delito previsto en el art. 498 del CP. El escenario intimidatorio y coactivo en el que el acusado desplegó la acción típica está descrito con claridad en el apartado 7 del juicio histórico: “...-los diputados D. Gerard María Figueres Alba, de *Convergencia i Unió*, y Alfons López i Tena, de *Solidaritat Catalana*, también se vieron incapaces de entrar por la puerta 7 del parque. Unas cien personas les impidieron el paso, les increparon y derramaron sobre sus ropas líquidos. Ambos decidieron explorar otra vía, momento en que alguien arrebató al Sr. Figueres Alba un bolso de mano; los diputados se separaron, siguiendo caminos distintos (al Sr. López i Tena le quitaron unos papeles que llevaba en las manos, así como un paquete de tabaco y un mechero, que guardaba en el bolsillo). Desde ese momento fueron seguidos por manifestantes, que chillaban consignas contra los representantes políticos, hasta que fueron atendidos por agentes de policía que los trasladaron en coche a la sede del Parlament”.

Como puede apreciarse, dos de los Diputados que intentaban acceder al recinto por la única vía expedita, sufren el acoso de un centenar de personas, que les impide el paso, que les increpa y que derrama sobre sus ropas algún líquido. Alguno de los manifestantes, que persigue a los representantes electos de la ciudadanía, aprovecha para sustraer distintos objetos que portaban. Y sólo cuando los agentes de policía acuden en su auxilio y les proporcionan un vehículo, los Diputados pueden ser trasladados a la sede del órgano legislativo.

Pues bien, es en ese entorno tumultuario en el que Francisco José López Cobos “...se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios (...) y siguió al diputado autonómico Sr. López i Tena con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión”. La Audiencia considera atípica esta conducta. Sin embargo, esta Sala estima que interponerse en el camino de dos Diputados que

sólo pretendían acceder al órgano en el que habían de desplegar su función representativa, y hacerlo con los brazos en cruz, supone ejecutar un acto intimidatorio, que no es otra cosa que la materialización de las consignas difundidas por los convocantes de la manifestación. Francisco José hace realidad su propósito de paralizar el Parlament e impedir la aprobación de las medidas de recorte. Y lo hace como puede, aprovechando el escenario que le brinda la actuación concertada de cien personas que se han propuesto entorpecer las tareas legislativas. Sólo así puede encontrar sentido el contumaz seguimiento que, respecto de uno de los Diputados, protagonizó el acusado mientras gritaba las consignas de la manifestación: “...siguió al diputado autonómico Sr. López i Tena con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión”.

En el desarrollo de esta secuencia, también ha de ser proclamada la autoría de Ángela Bergillos Alguacil. En esa situación de acorralamiento que están padeciendo los dos Diputados, en el momento en que están sufriendo el hostigamiento de unas cien personas, algunas de las cuales –no identificadas- les escupen, increpan y derraman sobre sus ropas líquidos, la acusada persiguió al Diputado López i Tena “...con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación”.

Así descrita la acción imputada, la Sala no puede ver en ese seguimiento con los brazos en alto, al tiempo que se gritan las consignas de la manifestación, un simple alarde gestual por parte de Ángela Bergillos. La acusada sabe, porque forma parte del grupo de los cien manifestantes a los que se refiere el hecho probado, que está acosando a un representante ciudadano democráticamente elegido para desempeñar sus tareas en el órgano legislativo. Conoce que mientras el Diputado está intentando acceder por la única vía que ha sido habilitada, ella le persigue y corea la consigna que da sentido a la acción ejecutada: “*Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)*”. En suma, ejecuta su

particular aportación al acto colectivo de obstaculización de las tareas parlamentarias.

En definitiva, los acusados Francisco José López Cobos y Ángela Bergillos Alguacil contribuyeron con su acción a reforzar la violencia e intimidación sufrida por los Diputados autonómicos Gerard María Figueres y Alfons López i Tena, impidiéndoles el normal desarrollo de sus respectivas funciones representativas. Han de ser declarados autores del delito previsto en el art. 498 del CP.

c) Sobre la eficacia de la acción intimidatoria desplegada por algunos de los acusados y la finalidad de entorpecimiento de las tareas legislativas, habla por sí solo el apartado 8 del relato de hechos probados. En él puede leerse lo siguiente: “...*los diputados de Ciu D. Josep María Llop i Rigor y D. Jordi Turull i Negre caminaban hacia el Parlament cuando varios manifestantes se confrontaron con ellos. D. Jordi Raymond Parra pedía que no les dejaran pasar, para que no votaran, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda; otros manifestantes le contestaron que solo había que hablar con los parlamentarios. Los señores Llop y Turull evitaron al grupo y se retiraron con sus acompañantes, un conductor y una secretaria. Posteriormente, tuvieron un altercado con otros manifestantes, que les rodearon en la puerta de un garaje, y decidieron buscar la protección de agentes de policía. Llegaron al Parlament en un helicóptero, hacia las 10.20 h*”.

El acusado Jordi Raymond Parra sabe que está acosando a dos Diputados, en unión de otras personas que no han sido identificadas. Y pide expresamente que se les impida el paso. No lo hacía con cualquier finalidad ajena al lema de la convocatoria, sino “...*para que no votaran*”. Para rubricar la motivación de sus actos, exhibe una pancarta. Los dos Diputados, después de un altercado con otras personas no identificadas, piden amparo a los agentes de

policía. Sólo el traslado en helicóptero hizo posible que ambos representantes pudieran llegar al Parlament.

El juicio de subsunción se manifiesta con absoluta nitidez. El acusado se vale de la atmósfera de coacción ejercida por otras cien personas, cuya identidad no ha quedado acreditada, y pide a otros manifestantes que obstaculicen el paso de los Diputados Llop y Rigol para que, por su obligada ausencia, no puedan votar. El desenlace no es otro que la necesidad de sobrevolar en un helicóptero los obstáculos creados por los manifestantes.

Los hechos imputados a Jordi Raymond, por tanto, son encajables en el art. 498 del CP.

d) Con la misma finalidad que los acusados a los que nos hemos referido en los apartados anteriores, el acusado Ciro Morales Rodríguez empeñó sus esfuerzos en que el Diputado Ernest Maragall i Mira no accediera al Parlament. Y lo hizo con el apoyo de un grupo de manifestantes que determinaron al Diputado a pedir ayuda policial. Así se expresa en el juicio histórico: *“...el diputado del Psc D. Ernest Maragall i Mira se vio obligado a atravesar entre un grupo nutrido de manifestantes, que con las manos abiertas y los brazos en alto trataban de que no llegara al Parlament. Fue ayudado por dos mossos d'esquadra que le escoltaron hasta el cordón policial. Entre las personas que le rodeaban y coreaban los lemas de la manifestación se hallaba D. Ciro Morales Rodríguez, siempre a su espalda”*.

En ese fragmento se condensan los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo previsto en el art. 498 del CP. El acusado Ciro Morales quiere impedir que el Diputado Maragall acceda al Parlament. Para ello, en unión de otras personas (*“un grupo nutrido de manifestantes”*), rodeó al representante político, al tiempo que, con las manos abiertas y los brazos en alto, coreaba el lema de la manifestación que –como venimos insistiendo y describe el hecho

probado-, buscaba paralizar la actividad parlamentaria que tenía por objeto aprobar medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

El acusado, por tanto, fue autor del delito previsto en el art. 498 del CP.

e) El último de los apartados del factum ofrece los elementos que hacen posible el juicio de tipicidad. El Diputado Santi Vila i Vicente se encamina hacia el Parlament por la única vía practicable. En ese momento se topa con un grupo de manifestantes. Éstos le expresan su desacuerdo con las políticas de austeridad y le anuncian “...*que nos les representaba*”. La superación del obstáculo representado por los manifestantes sólo es posible como consecuencia de la actuación policial que escolta al Diputado. No es consecuencia de la decisión de los manifestantes, una vez agotado su discurso de deslegitimación. Son los antidisturbios los que hacen posible el acceso del representante ciudadano al recinto del Parlament.

Así se explica en el relato de hechos probados: “...*El diputado D. Santi Vila i Vicente, de Ciu, se encontró con un grupo de manifestantes cuando se dirigía al Parlament, quienes le recriminaron las políticas de recortes de gasto público y le dijeron que no les representaba. Entre los que protestaban estaban D^a. Olga Álvarez Juan, D. Rubén Molina Marín y D. Carlos Munter Domec. Agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado*”.

Esa labor entorpecedora del libre tránsito del Diputado que se dirige al Parlament a ejercer su funciones representativas, carece de relevancia penal para la Audiencia. Buena parte de la explicación justificadora se vierte en el apartado 1.2.10 de la sentencia recurrida. Allí puede leerse: “...*en el anexo fotográfico de dicho bloque se ve a las personas 21, 42 y 43: se limitan a confrontarse oralmente con el parlamentario. Se interponen en su camino, es cierto, y le obligan a escucharles. El diputado aguanta la lluvia de críticas, con paciencia,*

hasta que aparecen los agentes antidisturbios. Frente a decenas de manifestantes, cinco policías son fuerza suficiente no solo para contenerlos, también para apartarles con un mínimo esfuerzo, lo que aquellos consienten sin responder”.

Sin embargo, con el exclusivo apoyo del juicio histórico, concluimos que Olga Álvarez, Rubén Molina y Carlos Munter, manifestantes concertados con un lema que filtraba todos sus actos y que llamaba a paralizar las actividades parlamentarias encaminadas a la aprobación de determinadas medidas presupuestarias, impidieron de forma coactiva al Diputado Vila i Vicente el libre tránsito hacia el órgano depositario de la representación del pueblo catalán. Y sólo la intervención de un grupo de agentes de policía, que acompañó al Diputado, permitió a éste superar a los manifestantes.

El hecho de que no fuera agredido ni empujado –dato que subraya el juicio histórico- no relativiza el alcance penal de la conducta de los acusados. El delito por el que se formuló acusación no protege la integridad física de los componentes del órgano parlamentario, sino el normal funcionamiento de éste, como expresión de los principios sobre los que se asienta el funcionamiento del sistema democrático.

Los hechos declarados probados, por tanto, son constitutivos del delito previsto en el art. 498 del CP.

6.- El Ministerio Fiscal entiende que la sentencia recurrida, además, incurre en un error de subsunción derivado de la inaplicación del delito de atentado previsto en los arts. 550 y 551.2 del CP. En el primero se castiga a “*los que acometan a la autoridad (...) o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*”. Y en el segundo, se agrava la pena en aquellos casos en que “*...la autoridad contra la que se*

atentare fuera miembro (...) de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

En el desarrollo de su impugnación, se precisa por el Fiscal que, si bien la resolución cuestionada declara en muchos de los casos que los autores no llegaron a empujar ni agredir a los Diputados, sí existió un ataque de carácter personal, al menos, en los casos que centran la atención argumental del motivo. Se alega que *“...la actitud de ataque de los acusados ha de calificarse de grave, independientemente del resultado producido, pues hubo acometimientos físicos, aunque no se declaren probados los empujones, ni agarrones, ni sustracción de efectos, pero sí la limitación de la libertad ambulatoria. Pero es preciso también hacer referencia al contexto en el cual se producen estos hechos: no es lo mismo la actitud singular de un sujeto que se confronta con una autoridad en un entorno sereno, que en un acto masivo, de confrontación brutal con Autoridades (personas) que caminan por la calle solas entre insultos, escupitajos, empujones o golpes; en algún caso tratándose de una Autoridad (persona) invidente, que va con su perro guía y que soporta esa violencia con unas capacidades diferentes para ello. Todo ello no puede calificarse de resistencia no grave y tampoco, es obvio, de una simple falta de respeto. Se produjo una acción de ataque, una acción agresiva, hacia los diputados autonómicas y con una clara vulneración del principio de autoridad que encarnaban y con la finalidad de impedirles ejercer libremente sus funciones”.*

Los delitos por los que se formuló acusación –a juicio del Fiscal- estarían en una relación de concurso medial del art. 77 del CP. El ataque a los Diputados, el atentado, no era sino un medio para cometer el delito previsto en el art. 498 del CP.

La Sala no puede compartir el criterio del Fiscal.

Por una parte, por cuanto que los art. 498 y 552.2 del CP comparten espacios de tipicidad que acercan la relación entre ambos preceptos a la que sería propia, no del concurso medial de delitos del art. 77 del CP, sino de la que define el concurso de normas. Y pese a la menor gravedad de las penas asociadas al art. 498 del CP, este precepto sería ley especial frente a la ley general representada por el art. 551.2 del CP. Afirmada la relación de concurso de normas, éste habría de resolverse con arreglo al principio fijado en el art. 8.1 del CP, con arreglo al cual, “*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*”. Pero incluso de aceptar la tesis del Fiscal que ve un concurso de delitos –medial- entre los arts. 498 y 551.2 del CP, la aceptación del hecho probado como presupuesto metodológico para el éxito de la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, nos lleva a descartar la existencia de actos típicos de acometimiento o resistencia graves. La integridad del factum, a la que nos obliga la desestimación del tercero de los motivos formalizados, no permite enriquecer aquél con añadidos que no han sido expresamente proclamados en la instancia. Además, la fuerza, la intimidación y el acometimiento que se describen respecto de algunos de los acusados, fueron los indispensables para entorpecer el libre tránsito de los Diputados hasta la sede del órgano legislativo. De ahí que la hipotética sustantividad típica de esos hechos nunca llegaría a colmar las exigencias del art. 550 del CP. Se trata del empleo del medio ejecutivo indispensable para lograr el objetivo que animaba la convocatoria, a saber, la paralización de las actividades parlamentarias que deberían haber llevado, en los términos inicialmente previstos, a la aprobación de medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

7.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia 31/2014, de fecha 7 de julio de 2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en causa seguida por los delitos de atentado, delito contra las instituciones del Estado y una falta de daños, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro D. Perfecto Andrés Ibáñez.

1828/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 18/02/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 161/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil quince.

Por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en el procedimiento abreviado núm. 124/2011, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid, se dictó sentencia de fecha 7 de julio de 2014, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los FFJJ 5 y 6 de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del cuarto de los motivos entablados por el Ministerio Fiscal y el segundo de los formalizados por el Parlament y la Generalitat, declarando que los hechos probados, en los precisos términos en que han sido delimitados en los anteriores fundamentos jurídicos, son constitutivos de un delito contra las instituciones del Estado, previsto y penado en el art. 498 del CP.

La Sala estima que procede la imposición de las penas mínimas previstas en el indicado precepto.

III. FALLO

Que **debemos CONDENAR y CONDENAMOS** a los acusados **JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ MORENO, FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ COBOS, ÁNGELA BERGILLOS ALGUACIL, JORDI RAYMOND PARRA, CIRO MORALES RODRÍGUEZ, OLGA ÁLVAREZ JUAN, RUBÉN MOLINA MARÍN y CARLOS MUNTER DOMECA**, como autores de un delito contra las instituciones del Estado, a la **pena**, a cada uno de ellos, de **3 años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro D. Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:17/03/2015

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia n.º 161/2015, de 17 de marzo, que resuelve el recurso de casación n.º 1828/2014

Mi discrepancia de la mayoría versa, primero, sobre la forma en que interpreta las consideraciones del tribunal de instancia expresivas de su punto de vista acerca del modo de operar con los principios constitucionales e intereses en presencia y implicados en el caso de que se trata. Esto porque no me parece que allí se persiga alterar su rango y jerarquía, sino tan solo introducir un temperamento, no caprichoso, sino, precisamente, derivado de la actual situación y desarrollo de las vicisitudes de la política y del papel de las instituciones representativas en países como el nuestro, *que —por lo que diré— no pueden dejarse de lado, habida cuenta de la naturaleza de los hechos y de la conflictiva realidad social en la que se inscriben.*

Esta última, en este momento, y sobran los indicadores al respecto, tiene tintes especialmente dramáticos para millones de personas, muy duramente golpeadas en sus derechos básicos, los sociales: es decir, aquellos que —es ya un tópico del mejor constitucionalismo— son, además, un *prius, sine quo non*, del pleno disfrute de los derechos políticos y de participación. Es también una evidencia que no precisa especial demostración, que esto ocurre en virtud de medidas que, en cuanto tales, no han formado parte de los programas de

gobierno expuestos al voto de la ciudadanía. De donde se sigue como una obviedad, que los integrantes de esas extensas franjas de población tienen motivos reales para no sentirse partícipes efectivos de las decisiones que, no solo les afectan en lo inmediato en su calidad de vida, sino que, además, están modificando en términos quizá irreversibles, sus posibilidades futuras de acceso a bienes elementales y, con ello, también su estatus de ciudadanos con derechos.

Como se dice en la resolución impugnada, se da asimismo la circunstancia, nada banal, de que tales sectores de población en situación de extrema vulnerabilidad, que sufren el aludido déficit material de representación, carecen, no diré del todo, pero si en un grado significativo, de otra posibilidad de hacer trascender sus demandas y su explicable malestar, que no sea el recurso al derecho constitucional de manifestación en la calle.

Los sumariamente aludidos son datos que connotan de manera intensa “la realidad social del tiempo” actualmente en curso, es decir, la nuestra, y que el art. 3,1º del Código Civil impone, literalmente, tomar en consideración, en el plano interpretativo. Pues bien, tal es lo que creo ha hecho la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dotando de la máxima transparencia a la *ratio decidendi* de su resolución, (que ciertamente comparto, por lo que expondré enseguida).

Y lo ha hecho —en contra de lo que insidiosamente se ha sugerido en algún caso—, no para decir que dejen de perseguirse conductas inequívocamente previstas como tales en el Código Penal. Tampoco para dar alas a formas de protesta sin cabida en el marco constitucional. Y menos aún con desconocimiento —¡qué disparate!— del imprescindible y fundamental papel de las instancias representativas, sino para dejar constancia, con ejemplar honestidad intelectual, de elementos del contexto social que deben entrar en el acervo de referencias del intérprete, al valorar la posible aplicación de los arts. 498, 550 y 551 Cpenal. Por cierto, con la importantísima particularidad de que,

según haré ver, estos, aun leídos al margen de las circunstancias a las que acaba de aludirse, tampoco permiten, a mi juicio, sancionar como criminales las conductas que ahora lo han sido en la sentencia de la que discrepo.

Las acusaciones coinciden en señalar que, según los hechos probados de la resolución impugnada, el marco general en el que se produjeron las acciones individuales de las que allí se habla, fue de violencia y de intimidación o al menos gravemente coactivo, con lo que —respondiendo a la convocatoria (“Aturem el Parlament no deixarem que aprovin retallades” / “Paremos el Parlamento no permitiremos que aprueben recortes”)— se pretendía impedir al órgano legislativo autonómico ejercer su función esencial: debatir y, en su caso, aprobar alguna ley. Afirman que los acusados se encontraban en la manifestación y, aunque se diga que ellos no empujaron, escupieron o arrojaron cosas a los parlamentarios, sí participaban en la misma asumiendo su finalidad, exteriorizando conductas que afectaron a estos, al impedirles acudir a su sede y desarrollar su cometido con normalidad. Que es por lo que han de considerarse constitutivas de delito.

Los actos a los que haré mención, se produjeron, es cierto, en el ámbito de una concentración-manifestación de cientos de personas, organizada en Barcelona, ante la sede del Parlament, con el fin de “pararlo”, de “no permitir la aprobación de los recortes” en derechos sociales.

De los acusados a los que ahora se condena, consta que figuraban entre los manifestantes y en la sentencia se les atribuyen estas acciones:

- Francisco José López Cobos *se interpuso con los brazos en cruz* ante Figueres Alba y López Tena y *siguió a este último gritando las consignas de la reunión.*

- Ángela Bergillos Alguacil *siguió en algún momento a López Tena con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación.*

- Jordi Raymond Parra, *al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda, pedía que no dejaran pasar a dos parlamentarios, dirigiéndose a varios manifestantes.*

- Ciro Morales Rodríguez fue una de las personas que *rodeaban* a otro parlamentario, *coreando lemas.*

- Olga Álvarez Juan, Rubén Molina Marín y Carlos Munter Domec *recriminaron* las políticas de recortes de gasto y *dijeron* a un parlamentario que no los representaba.

- José María Vázquez Moreno, *pintó con un espray, ensuciándolos*, la espalda de la chaqueta y el bolso de la diputada Monserrat Tura, aproximándose a ella por detrás, mientras caminaba.

El lema de la manifestación es el transcrito. Las acusaciones y la mayoría de esta sala consideran que, en él, el verbo “aturar/parar” cuenta aquí con un solo significado: constreñir al Parlamento catalán a la inacción. Pero el término carece de la univocidad que se atribuye. Esto es algo que se comprueba tanto acudiendo al Diccionario (mejor si de español usual), como situando el vocablo en el contexto de los hechos de esta causa. Para lo primero basta la simple consulta. Lo segundo lo acredita el dato probado de que, mientras el grupo minoritario de manifestantes, formado por los desconocidos autores de actos efectivamente violentos y sin duda criminales, interpretó aquella consigna en un sentido, el resto lo hizo de un modo sensiblemente diverso. En efecto, pues la inmensa mayoría se mantuvo en la zona o se desplazó por ella sin llegar a relacionarse directamente con los diputados; y el reducido grupo de los ahora condenados realizó acciones que no son de las expresamente previstas en los preceptos citados.

Ninguno de los autores del primer tipo de actos resultó identificado. Los de las dos clases restantes tienen en común la circunstancia de haber expresado una forma de disenso y de oposición activa frente a la política coloquialmente conocida como *de recortes*, escenificada, sobre todo, mediante la presencia

masiva ante la sede parlamentaria, descrita en los hechos. En el caso del mayor número de los concentrados su actuación se redujo a eso solo, pues no tomaron ninguna forma contacto personal con los parlamentarios. Y está el grupo de los que, en una cierta proximidad, desarrollaron los comportamientos consistentes en: seguirlos o rodearlos mientras se coreaban consignas; interpelarlos, entablando un diálogo; desplegar una pancarta; pedir a un grupo de personas que no dejaran pasar a dos de aquellos, o manchar subrepticamente unas prendas.

Pues bien, no pretendo privar de significación, y *menos aún disculpar* las acciones contempladas. En modo alguno. Aquí se trata *exclusivamente* de determinar *si son o no aptas para integrar el delito* contra las altas instituciones del Estado, del art. 498 Cpenal, o, en hipótesis de las acusaciones, el de atentado, de los arts. 550 y 551 Cpenal.

El primero de estos preceptos sanciona el *empleo* de “fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave” dirigidos a “impedir” a un parlamentario “asistir a sus reuniones”, o a “coartar la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto”. Se configura así un tipo delictivo generalmente caracterizado como de peligro abstracto. Por tanto, aplicable ya solo con que se dé *el empleo* —de alguna de aquellas— *para* el fin contemplado, con independencia del resultado, en el primer supuesto; o cuando las formas de comportamiento previstas fueran aptas para ocasionar *una perturbación del estado de ánimo del sujeto*, que pudiese incidir en el sentido del voto.

Las acciones descritas en el art. 489 Cpenal tienen una doble proyección y, consiguientemente, un carácter pluriofensivo, por afectar, primero y necesariamente, a alguna de las personas investidas de la función parlamentaria y, de este modo, a la función misma. Por eso, debe darse la primera circunstancia para que la segunda adquiera relevancia penal a los efectos del precepto.

Así, lo requerido es que *exista* “fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave”, aplicada, además, directa y materialmente sobre un sujeto o sujetos concretos investidos de aquella calidad. Donde hacer a alguien objeto de “fuerza” es presionarle físicamente para constreñirle a obrar o impedir que lo haga en un sentido, contra su voluntad (“a la fuerza ahorcan” es un dicho popular con el que suele ejemplificarse ese uso de la misma). El término “violencia” denota una agresión física, que en la copiosa jurisprudencia al respecto, se ilustra con otros como sujetar, golpear, agarrar, arrastrar... “Intimidación” es la acción de intimidar, que es inducir temor, de una intensidad tal que lo haga apto para modificar de manera sensible el comportamiento del afectado, que, de otro modo, sería distinto. “Amenazar” es anunciar a alguien que se le va a inferir de modo inmediato un mal, en este caso “grave”, es decir, importante, normalmente para conseguir de él que obre de una manera a la que, en otro caso, no estaría dispuesto.

A tenor de las precedentes consideraciones, aun cuando el delito pueda entenderse como de peligro abstracto para el normal desarrollo de la función parlamentaria, la aplicación del precepto estaría requiriendo siempre la *personal* puesta en acción por alguien de tales *concretos* actos de “fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave” *sobre alguno* de los titulares aquella. Y esto, tanto para *impedirles* la asistencia a su sede institucional, como para *coartar* la libre emisión de sus opiniones o de su voto.

Situados en este plano, no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa), que acaban de relacionarse, y que la sala de instancia consideró impunes a la luz del art. 498 Cpenal, respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y el ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo *transformarlas* al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violentas o intimidantes que *en sí mismas no tenían*. Y tampoco en atención al dato —subrayado con particular énfasis por el Fiscal— de que

dentro de ese ámbito espacio-temporal “*hubo* acometimientos físicos”. En efecto, pues ya el uso mismo de esta forma verbal impersonal (*hubo*), ilustra sobre la imposibilidad de ponerlos, de forma personalizada, a cargo de cualquiera de los acusados.

Una de las defensas, hace notar oportunamente que, en el Código Penal de la dictadura franquista, el art. 157,4º contenía un precepto similar al ahora considerado, pero dice bien que el mismo texto legal, en el artículo siguiente, preveía una forma atenuada de respuesta para las acciones incriminadas, cuando no fuesen de carácter grave. Posibilidad que, en cambio, el legislador democrático, comprensiblemente más flexible, ha descartado. Lo que quiere decir que los actos de esta última clase no son susceptibles de encaje en el actual art. 498 Cpenal, cuya aplicación reclama conductas de un superior estándar de *gravedad*. Con la consecuencia de que lo querido por el legislador de 1995 no puede dejar de serlo igualmente por el juez-intérprete de 2015. *Máxime a tenor de las circunstancias del contexto de aplicación antes evocadas, que es aquí donde —según creo— deben jugar el papel ya señalado como pautas orientadoras de la interpretación de la ley penal.*

Tampoco serían aplicables a las acciones de que aquí se trata, los preceptos definidores del atentado (arts. 550 y 551 Cpenal), por la elemental razón de que ninguno de los ahora condenados ejecutó actos de “acometimiento”, “empleo de fuerza” o “intimidación grave”. Que no se dio el primero (que en la jurisprudencia equivale a “embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona”), no requiere particular ilustración; y de la ausencia de los segundos ya se ha dicho.

De todo lo expuesto resulta con la claridad necesaria que en ninguno de los supuestos descritos concurrió el elemento objetivo del tipo inherente a cualquiera de los preceptos considerados. Y del contenido de los hechos probados y su descripción de las acciones de los acusados absueltos en la instancia, se sigue la ausencia también del elemento subjetivo, pues la naturaleza

de las acciones imputadas denota la falta de un propósito de *forzar, violentar, intimidar o amenazar gravemente*, y no se diga *acometer*. Elemento que tampoco cabe identificar en la acción —desde luego reprochable— consistente en manchar subrepticamente la ropa de una diputada.

El hecho de haber participado en la concentración-manifestación no tiene en sí mismo carácter típico, por falta de encaje en el campo semántico de cualquiera de los verbos utilizados por el legislador. Por otra parte, la circunstancia de que un grupo de los que se manifestaron lo hubiera hecho de forma violenta, incidiendo de este modo (de manera directa e inequívocamente criminal) sobre alguno de los parlamentarios, no puede convertir en violentos comportamientos que *objetivamente* no lo fueron, cuyos responsables carecieron *subjetivamente* del propósito de obrar de ese modo, y *prácticamente* realizaron acciones ajenas por completo de tal connotación. Por eso, desplazar sobre ellos la responsabilidad de unas conductas que no cabe atribuirles como *suyas propias*, es algo que está reñido con el principio de culpabilidad.

Es cierto que el día de referencia, cuando menos durante algunas horas, se produjo una alteración de la dinámica de la cámara autonómica prevista para esa fecha, pero, estando, como es debido a lo que resulta de los hechos probados, no cabe afirmar que tal hubiera sido el *efecto* de acciones concretas y concretamente identificadas de las descritas en los arts. 498, 550 y 551 Cpenal, *atribuibles a los ahora condenados*. Por el contrario, fue el resultado objetivo de la interacción práctica de los distintos tipos de acciones aludidas: unas, multitudinarias, en sí mismas penalmente indiferentes; otras ciertamente criminales, pero de autores desconocidos; y otras, en fin, imputables sí a personas determinadas, pero que, como he explicado, carecen de aptitud para ser tenidas como típicas a tenor de aquellos preceptos. Es por lo que considero que la sentencia de instancia debería haberse mantenido en sus mismos términos.

Ya, en fin, una última consideración. El Fiscal, discurriendo de un modo francamente inusual en mi pluridecenal experiencia de juez, al inicio de su intervención en la vista del recurso, trató de descalificar *a limine* la sentencia de instancia por “cargada —dijo— de ideología”. Y una de las defensas contra-argumentó al respecto señalando algo que me parece importante: la diversidad esencial de valoración de los hechos (excluidos los de naturaleza inequívocamente criminal, imputables a desconocidos) por parte de los diputados-testigos, según la colocación de su partido de pertenencia en el espectro político; sugiriendo que el juicio de aquel expresaba asimismo una de posición de esa índole.

Esta sala, de un modo unánime, ha rechazado los tres primeros motivos del recurso de la acusación pública, por ser clarísimamente inviables a tenor de consideraciones que son exquisitamente de derecho; y, además, las mismas que el propio ministerio público mantiene regularmente en sus informes frente a impugnaciones del género. Siendo así, y dado que los motivos desestimados lucían una amplísima *fundamentación* en el informe escrito, ya que esta, en rigor, no puede ser considerada propiamente jurídica, resulta legítimo preguntarse, si bajo esa aparente cobertura, no sería acaso ideológica. Pues bien, tal es, dicho con toda sinceridad, mi punto de vista; que prolongaré, para concluir, en esta última afirmación: el objeto de esta causa tiene connotaciones políticas tan intensas, que difícilmente podría darse una aproximación de derecho que no comporte o traduzca también una previa toma de posición del intérprete en ese otro plano.

Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.