

AUDIENCIA NACIONAL  
SALA DE LO PENAL  
SECCIÓN 1ª

Rollo de Sala: Procedimiento abreviado 6 /2013  
Procedimiento de origen: Diligencias previas 124 /2011  
Juzgado Central de Instrucción nº: 6

Tribunal:

D. Fernando Grande-Marlaska Gómez (presidente)

Dª Manuela Fernández Prado

D. Ramón Sáez Valcárcel (ponente)

SENTENCIA Nº 31/2014

En Madrid a 7 de julio de 2014.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa referenciada, seguida por delitos contra las Instituciones del Estado, de atentado, asociación ilícita y una falta de daños.

Han sido partes acusadoras:

1. El Ministerio Fiscal representado por Dª Teresa Sandoval y D. José Perals.
2. Sindicato de Funcionarios Públicos Manos Limpias, representado por el procurador D. José Carlos Peñalver Garcerán y por el letrado D. Manuel Muñoz Rodríguez.

3. Generalitat de Catalunya representada por el procurador D. Francisco Miguel Velas Muñiz-Cuéllar y defendida por la letrada D<sup>a</sup> Silvia Grau Beltrán.
4. Parlament de Catalunya, representado por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y defendida por los letrados D. Juan Selva Prieto y D. Juan Carlos Sánchez Rubio.

Como acusados:

1. D. Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, dni 47722608-T, nacido el día 27 de octubre de 1981 en Barcelona, hijo de Nemrod-Carlos y de María Gloria. Fue detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por la Procuradora Doña Isabel Alfonso Rodríguez y defendido por el letrado D. Benet Salellas Vilar.
2. D. Daniele Vinci, con nie X4796216A, nacido el 9 de marzo de 1976 en Cagliari (Italia), hijo de Eraldo y de Madia y con domicilio en calle Pou de la Figuera 16 piso 1 Barcelona. Detenido y puesto en libertad el día 3 de octubre de 2011. ha estado representado por el Procurador D. Javier Fernández Estrada bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Boyé Tuset.
3. D. Rubén Molina Marín, dni 41005845L, nacido el día 20 de abril de 1969 en Barcelona, hijo de Joseph y de Elena. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. He estado representado por la procuradora D<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez y defendido por el letrado D. Eduardo Cáliz Robles.
4. D. José María Vázquez Moreno, dni 47604797H, nacido el día 22 de marzo de 1983 en Barcelona, hijo de Rafael y de Carmen. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por el Procurador D. Javier Fernández Estrada y defendido por el Letrado D. Jaume Asens Llodrá.
5. D<sup>a</sup>. Marta Pi i Morera, dni 39386330<sup>a</sup>, nacido el día 7 de septiembre de 1984 en Barcelona, hija de Félix y Rosa. Fue detenida el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representada por el procurador D. Javier Fernández Estrada y defendida por el letrado D. Jaime Asens Llodrá.

6. D<sup>a</sup>. Alejandra Calderón Becerra, dni 32055287A, nacida el día 28 de noviembre de 1982 en Cádiz, hija de Salvador y de Inmaculada. Detenida el 3 de octubre de 2011 y puesta en libertad en la misma fecha. Ha estado representada por el procurador D. Javier Fernández Estrada, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Isabel Elbal Sánchez.
7. D. Francisco José Cobos García, dni 44194335L, nacido el 10 de mayo de 1976 en Barcelona, hijo de Francisco y de Soledad. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por el procurador D<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez y defendido por el letrado D. Eduardo Cáliz Robles.
8. D<sup>a</sup>. Alessia Borge, nie X6113876Q, nacida el 23 de noviembre de 1979 en Torino (Italia), hija de Enrico y de Tizzana. Detenida el 3 de octubre de 2011 y puesta en libertad en la misma fecha. Ha estado representada por el procurador D. Javier Fernández Estrada y defendida por la letrada D<sup>a</sup> Isabel Elbal Sánchez.
9. D. Antoni Dolz García, Dni 44515125-M, nacido el 24 de marzo de 1981 en Valencia, hijo de Antonio y de María. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por la Procuradora Doña Mónica Liceras Vallina, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Esther Muñoz Rodríguez.
10. D. Jordi Raymond Parra, dni 44022293V, nacido el día 23 de junio de 1978 en Barcelona, hijo de Jorge y de Mará Rosa. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por la procuradora Doña María Pilar Rodríguez Buesa, bajo la dirección letrada D.<sup>a</sup> Laia Serra Perelló.
11. D. Javier Villanueva Mena, dni 43451441W, nacido el día 8 de noviembre de 1984 en Barcelona, hijo de Florencio y de Josefa. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Ha estado representado por la Procuradora Doña María Pilar Rodríguez Buesa y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Laia Serra Perelló.
12. D<sup>a</sup>. María Durán Gurnsey, dni 46971814H, nacida el día 7 de abril de 1987 en Barcelona, hija de José María y de Jenne Margaret. Detenida el 3 de octubre de 2011 y puesta en libertad en la misma fecha. Procuradora: D<sup>a</sup> Isabel Afonso Rodríguez, Letrado: D. Eduardo Cáliz Robles.

- 13.D. Ignacio Antolino Ibáñez, dni 43450414X, nacido el día 25 de febrero de 1979 en Barcelona, hijo de José Luis y de Carmen. En libertad el 11 de octubre de 2011, el mismo día en que fue detenido. Procurador: D. Javier Fernández Estrada. Letrado: D. Gonzalo Boyé Tuset.
- 14.D. Joan Peiró i Tura, dni 47809053B, nacido el día 8 de abril de 1990 en Lliça d'Amunt (Vallès Oriental), hijo de Frances y de María Rosa. Detenido el 3 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Procuradora: D<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez. Letrado: D. Eduardo Cáliz Robles.
- 15.D<sup>a</sup>. Ángela Bergillos Alguacil, dni 46465670N, nacida el día 29 de marzo de 1985 en Barcelona, hija de Francisco y de Concepción. Detenida el 3 de octubre de 2011 y puesta en libertad en la misma fecha. Procuradora: D<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez. Letrado: D. Eduardo Cáliz Robles.
- 16.D. Ciro Morales Rodríguez, dni 31721128-B, nacido el día 1 de mayo de 1982, en Jerez de la Frontera (Cádiz), hijo de Fernando y de Dolores. Detenido el 4 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Procurador: D. Javier Fernández Estrada. Letrado: D. Gonzalo Boyé Tuset.
- 17.D. Álvaro Cano Santana, dni 52428482M, nacido el día 21 de septiembre de 1978, en Vilanova i la Geltrú, hijo de Manuel y de Antonia. Detenido y puesto en libertad el 11 de octubre de 2011. Procurador a: D<sup>a</sup> María Jesús González Díez. Letrada: D<sup>a</sup> Eva Labarta i Ferrer.
- 18.D<sup>a</sup>. Olga Álvarez Juan, dni 47916215Q, nacida el día 7 de marzo de 1989 en Barcelona, hija de José y de Mercedes. Detenida el 4 de octubre de 2011 y puesta en libertad en la misma fecha. Procuradora: Doña Isabel Alfonso Rodríguez. Letrado: D. Benet Salellas i Vilar.
- 19.D. Carlos Munter Domec, dni 39426523S, nacido el día 26 de diciembre de 1989. Detenido el 5 de octubre de 2011 y puesto en libertad en la misma fecha. Procurador a: D<sup>a</sup> Isabel Alfonso Rodríguez. Letrado: D. Eduardo Cáliz Robles.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 3 de abril de 2013 dictó el juzgado Instructor Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias previas 124/11 por el trámite del Procedimiento Abreviado; contra dicha resolución se interpusieron recursos de reforma, desestimados mediante auto de 25.4.13, y recurso de apelación, igualmente desestimado mediante auto dictado por la Sección 4ª de esta Audiencia Nacional por auto de 5.6.2013.

Con fecha 24 de mayo de 2013 se dictó Auto de apertura de juicio oral, elevándose las actuaciones a esta Sección Primera el 9 de agosto de 2013. Previo examen de prueba y demás diligencias, se señaló la vista del juicio oral, que se celebró los días 31 de marzo, 1, 2, 3, 25 de abril y 5 de mayo de 2014.

2.- El imputado Cristóbal Nicolás Araya Bruna no pudo ser citado a dicha vista oral, por lo que se decretó su busca y captura el día 5 de marzo de 2014, declarado rebelde el 24 de marzo de 2014.

3.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del art 498 del Código penal (Cp) en concurso ideal con otro de atentado agravado de los art. 550 y 551.2 Cp, y una falta de daños del art. 625.1 Cp.

Solicitó la condena de todos los acusados como autores de dichos delitos a la pena de 5 años y 6 meses de prisión y multa de 10 meses con cuota diaria de 25 euros, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y costas. Además, al Sr. Vázquez Moreno la pena de 10 días de localización permanente y que indemnizara a la Sra. Tura i Camafreita en la cantidad de 240 euros.

4.- La acusación popular Sindicato de funcionarios públicos Manos limpias calificó los hechos como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del 498 Cp, otro de atentado agravado del 551.2 Cp y otro de asociación ilícita del 515.1 Cp. Interesó la condena de todos los acusados a las penas de 3 años de prisión (delito contra las

Instituciones), mas 4 años de prisión y multa de 6 meses (atentado) y 1 año de prisión (asociación ilícita). Además que abonaran las costas incluidas las de la acusación particular (sic).

5.- La Generalitat de Catalunya, acusación particular, calificó como delito contra las Instituciones del Estado del 498 Cp citado, pidiendo pena de 3 años de prisión para los acusados Sr. Tadeo Orellana de Vilallonga, Sra. Vinci y Sr. Molina Marín, además las costas de la acusación particular.

6.- El Parlament de Catalunya calificó por el delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 Cp e interesó se impusiera a todos los acusados las pena de 3 años de prisión.

7.- Las defensas solicitaron la absolución de los acusados por falta de pruebas. Alegaron el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación. Plantearon la nulidad de las pruebas documentales sobre imágenes y filmaciones del suceso, así como los reportajes fotográficos elaborados a los detenidos. También impugnaron los informes periciales fisonómicos por falta de rigor.

## II.- 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 10.00 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 Convergència 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.

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<sup>a</sup>. 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 spray, 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. Alejandra Calderón Becerra, quien participó en la protesta, empujara e insultara a los parlamentarios.

D<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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 desplegab 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. Ciro 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<sup>a</sup>. 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 varias manifestaciones mientras caminaba por el parque hacia el edificio legislativo. Algunos le recriminaron que entrara a votar al Parlament. No se ha acreditado que fuera agredido, ni empujado por D<sup>a</sup>.

Alejandra Calderón Becerra ni por D<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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.

### III.- MOTIVACIÓN.

1.- Sobre los hechos.

1.1.- Legalidad de la prueba.

1.1.1.- Detención de imputados que habían comparecido en dependencias judiciales.

Varios de los acusados fueron detenidos por la policía en la vía pública, siguiendo indicaciones del juez, con la finalidad de interrogarles y someterlos a una sesión de captación de imágenes de su persona, para compararlas con las recogidas por diversos medios en la escena de los hechos, y proceder a su identificación fisonómica.

Seis de los acusados (Marta Pi i Morera, Francisco José Cobos García, Jordi Raymond Parra, Joan Peiró Tura, Javier Villanueva Mena y Ángela Bergillos Alguacil) comparecieron ante el juzgado de guardia de Barcelona el 6.10.2011 y se pusieron a disposición judicial, manifestando su oposición al reportaje fotográfico. En escrito de sus abogados, del mismo día, que presentaron en el juzgado de guardia, manifestaban que habían tenido conocimiento de las diligencias previas 124/2011 del Juzgado Central de Instrucción nº. 6 (en adelante JCi6) y de su posible imputación por un delito contra las Instituciones del Estado, por lo que

comparecían para que se les citara y evitar así que fueran detenidos por la policía (p. 728).

La presencia de los mencionados inculpados fue comunicada al JCI6, que lo recibió hacia las 13.22 h. (p. 727). Horas después, mientras permanecían en las dependencias judiciales, fueron detenidos por una unidad de la policía autonómica que los trasladó a Comisaría, donde fueron fotografiados -sin asistencia letrada- e interrogados -diligencia en la que estuvieron acompañados por su abogado-, siendo liberados una vez concluidas las diligencias (la detención está datada ese día a las 15.45 h., y ubicada en la Gran Vía de les Corts Catalanes, sin especificar que la aprehensión había tenido lugar en el propio juzgado de guardia, p. 1.374, 1.396, 1.416, 1.438, 1.458 y 1.480). El hecho fue objeto de polémica porque la intromisión de la policía en el palacio de justicia motivó la protesta del juez decano y de la Sala de gobierno del Tribunal Superior de justicia. En la causa hay constancia del suceso. El instructor del atestado, agente 2362, declaró en el juicio que detuvieron a estos acusados por orden del juez Central de Instrucción, ya que el juez de guardia de Barcelona les había instado a que suspendieran la operación; dijo que ignoraba quién había acordado "retener" a los abogados y a los periodistas que aguardaban en el lugar. La misma información había trasladado la policía al expediente: a las 14.30 h. tuvieron noticia de la presencia de nueve imputados en la Ciudad de la Justicia, lo que informaron al JCI6, quien les dio instrucciones de proceder de la misma manera que venían haciendo: "detenerlos para así asegurar las reseñas policiales y poder efectuar el posterior informe fisonómico, que así mismo fueran escuchados en declaración, que fuesen citados para comparecen ante SS<sup>a</sup> y posteriormente fuesen dejadas sin efecto las detenciones" (p. 1.094). En la causa figura una diligencia de la secretaria del Juzgado de Instrucción n. 4 de Barcelona en que hacía constar que había recibido "una llamada telefónica de quien dice ser Secretaria de la Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción 6 de Madrid, e informa en contestación al fax remitido que este juzgado de guardia no debe intervenir, ya que el JCI6 ha dado directamente las órdenes oportunas a los mossos d'esquadra" (p. 2.006, la hora de la comunicación fue las 15.25, es decir veinte minutos antes de que los agentes de policía detuvieran a los seis acusados). El contenido de dicha comunicación fue confirmada por oficio del JCI6 del día siguiente, en el que se respondía al exhorto diciendo que no debían "practicar diligencia alguna" (p. 2.007). El JCI6 consignó en un oficio dirigido a su colega de Barcelona que no tenía noticia, en el momento de las detenciones, de la presentación de los acusados en el juzgado de guardia (p. 3.018).

Hasta ese momento no se había dictado resolución judicial alguna sobre el reportaje fotográfico fisonómico (el auto sobre la cuestión lleva fecha de 25.10.2011; el auto de incoación de diligencias previas y de admisión parcial de la querrela del Sindicato de funcionarios Manos Limpias se limitaba a reclamar los antecedentes a la Fiscalía de Barcelona, para “con su resultado acordar diligencias de investigación oportunas” (p. 94, de 7.9.2011).

Al margen de si la detención fue ordenada verbalmente por el juez o respondió a una iniciativa de la policía, se trata de la detención de varios imputados que se habían personado en dependencias judiciales, ante la citación que habían recibido para comparecer ante la policía, una medida cautelar que carecía de cobertura legal, ya que se adoptó sin identificar un fin que legitimara constitucionalmente la privación de libertad. Detención que ejecutaron agentes de policía, en funciones de policía judicial, sin motivación alguna que justificara la injerencia en el derecho a la libertad de personas que se hallaban a disposición judicial. El fin de la medida alegado por el responsable policial, que se corresponde con las diligencias que practicaron, era someter a los encartados a un reportaje fotográfico.

Según la doctrina constitucional la detención judicial requiere de la identificación de un fin legitimador, que es común para todas las medidas cautelares de carácter personal: 1) que haya motivos racionales para creer que se ha cometido un delito y que en su ejecución ha intervenido el afectado y 2) la existencia de circunstancias de hecho que permitan suponer que la persona no comparecerá ante la autoridad cuando fuere llamado (fin señalado en el art. 492.3 y 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, Lecrim, y en la interpretación constitucional del derecho a la libertad física; ver *STC 179/2011*, el caso de un imputado personado en la causa que había comparecido para prestar declaración, que fue detenido posteriormente por decisión del juez, sin que hubiera riesgo de fuga). Cuestión distinta es la práctica de la sesión fotográfica fisonómica contra la voluntad de los inculcados, ya que estos no se negaban a comparecer.

La detención de los seis acusados en el juzgado de Guardia, en la medida que no se motivó ni justificó –su presentación voluntaria impedía afirmar un riesgo procesal, por lo que solo podrían ser detenidos en la medida que fuera necesaria la privación provisional de libertad para la práctica de una diligencia de investigación que requiriera de su presencia, como era el reconocimiento de su persona- fue una decisión que pudo vulnerar el derecho a la libertad del art. 17.1 de la Constitución (Ce, en adelante). Sin embargo, podría resultar desproporcionado pretender derivar de esta circunstancia la exclusión del cuadro de la prueba del resultado de

esta diligencia de investigación cuando la policía judicial actuaba en el marco de sus competencias de investigación, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Porque la prohibición de aprovechamiento de pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales se extiende a las pruebas derivadas de aquella solo si entre ellas existiese una conexión natural; será válida y eficaz para destruir la presunción de inocencia la prueba cuando se pueda afirmar su independencia jurídica con la precedente vulneración del derecho fundamental –construcción de la doctrina constitucional a partir de la *STc 81/1988*, Fj 3 y 4, que debería entenderse como una pauta de excepción a la regla general de la nulidad de las pruebas reflejas, aunque la práctica ha derivado en sentido contrario. Pues bien, la razón para declarar la independencia de una prueba derivada es que fue obtenida sin vulneración de derechos. Para identificar la conexión de antijuridicidad, en el caso de autos que la ilegitimidad de la privación cautelar de libertad de los inculcados –por falta de motivación sobre su cobertura legal y proporcionalidad- contamina o se extiende a la elaboración de un reportaje fotográfico de sus rostros y cuerpos, se pide un juicio de experiencia que analice la forma de la injerencia y las garantías del derecho que ha sido violentado, el conocimiento adquirido por medio de la injerencia ilegítima (dimensiones de la perspectiva interna, según la jurisprudencia constitucional) y valore las necesidades de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones demanda el caso (perspectiva externa). Entendemos que, aunque las imágenes captadas de los encartados estaban naturalmente enlazadas con la detención, su obtención era un hecho jurídicamente independiente, ya que se podía recabar por otro medio –como así se hizo respecto a otros acusados, sin necesidad de privarles provisionalmente de libertad. Por otro lado, el resultado de la diligencia fue la obtención de imágenes que utilizar posteriormente en el estudio comparativo con las filmaciones e instantáneas del suceso, proceso que se podría haber realizado, como hemos dicho, por otras vías, incluso utilizando fotos de filiación que se hallan incorporadas a los archivos policiales. Tampoco desde la perspectiva de la necesidad de tutela del derecho vulnerado (la libertad del imputado, cuya privación llevaron a cabo los investigadores policiales siguiendo instrucciones que habían consultado, al parecer, con el juez) o de la entidad objetiva de la vulneración (una detención que duró horas, el tiempo mínimo imprescindible para la práctica de la diligencia) puede desprenderse la exigencia de exclusión de la prueba.

Por lo tanto, las imágenes recogidas deben considerarse aptas y validas para incorporarse al cuadro probatorio.

### 1.1.2.- Reportaje fisonómico, derecho a la propia imagen, cobertura de ley y jurisdiccionalidad.

La diligencia en la que se obligó a los acusados a intervenir no era una mera reseña fotográfica, como las que se hacen a las personas detenidas para su identificación (junto a la reseña dactilar o ficha dactiloscópica, única que menciona el art. 762.7 Lecrim a los fines de identificar a los imputados). Todos ellos ya estaban filiados suficientemente, como demuestra el atestado policial que los identificó con base en las fotos que constaban en el Sistema de identificación de personas físicas mayores de edad, llamado SIP (ver p. 272 o 294). A los acusados, ya filiados e identificados, se les sometió a un reportaje fotográfico para facilitar la elaboración de una pericia fisonómica mediante la comparación de sus cuerpos con los de los protagonistas de los hechos, que se veían en las imágenes de vídeo y fotografías tomadas en el lugar de la protesta. Por lo tanto, no era una reseña para identificar al imputado en caso de duda, como la que mencionan los art. 373, 374 y 375 Lecrim -su identidad estaba correctamente establecida-, sino al servicio de la comprobación de la correspondencia del encartado con el protagonista del hecho incriminado, similar a la diligencia de reconocimiento en rueda que disciplinan los art. 368 y 369 Lecrim. Por lo tanto, el reportaje fotográfico era una diligencia de investigación innominada que no se encuentra recogida en la ley.

Es cierto que nuestro ordenamiento presta escasa atención a la regulación de la reseña fotográfica, una diligencia que sistemáticamente se utiliza junto a la dactilar, para filiar a las personas que ingresan en centros de detención o custodia. Así, el Reglamento de extranjería (Real decreto 162/2014) la contempla, entre la documentación de ingreso, en su art. 26 y el Reglamento de la Ley de menores en su art. 2.4 (en este caso limita la diligencia a la captación de fotos del rostro del detenido). La Ley de enjuiciamiento criminal solo se ocupa de la reseña dactilar en la tramitación del procedimiento abreviado (art. 762.7), lo mismo que el Reglamento penitenciario menciona el cotejo de huellas a practicar antes de la liberación de un interno.

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. (La fisonomía es un método de identificación que viene de la época medieval, que se practicaba a partir del estudio de determinadas señas del cuerpo, llamadas signa, lo que se convirtió en paradigma legal para la identificación individual a partir del siglo xiv; entonces, los criminales eran condenados a penas de mutilación para dejar constancia de sus antecedentes penales, luego se emplearon las marcas judiciales, menos visibles y humillantes, pero que permitían la identificación criminal mediante la exploración del cuerpo que llevaban a cabo verdugos y cirujanos). 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.

Una pesquisa que, en cierto modo, pudiera estimarse que afectaba a la dignidad de la persona, que es el sustrato y fundamento de todos los derechos -que le son inherentes, según dice el art. 10.1 de la Constitución-, en la medida que reducía el cuerpo de los inculpados a la consideración de objeto a explorar y analizar, en medio de comparación con las fotografías tomadas en el escenario del conflicto; en conclusión, la recogida de imágenes y la obligatoria exposición de los cuerpos de los sospechosos a la pesquisa era una forma de cosificación, que representa, aunque se trate de una injerencia leve, una cierta degradación del ser humano.

Se puede plantear si esta injerencia estatal pudiera afectar, de modo leve, a la integridad física y moral de la persona, derecho que enuncia el art. 15 de la Constitución, que protege la incolumidad corporal, es decir el derecho del individuo frente a toda clase de intervención sobre su cuerpo sin consentimiento, derecho a no sufrir lesión o menoscabo, no solo en el cuerpo, también en su apariencia externa (*STc 207/1996*, fundamento jurídico 2, paradigma en el tratamiento de las inspecciones e intervenciones corporales durante la investigación penal). Aquí deberíamos tomar en consideración que aunque no se produzca una lesión o menoscabo de la integridad física con ocasión de la conminación a participar de forma activa en un reportaje fotográfico y a exhibir, en algunos casos, zonas habitualmente protegidas de la mirada ajena, aunque solo fuere debido a su pequeño tamaño o ubicación, las medidas adoptadas afectaban a la apariencia externa del sujeto. Este tribunal entiende como dudoso que la diligencia hubiese comprometido la integridad moral del inculpado, pero, al menos, podría convenirse que supuso una intromisión en el derecho a la propia imagen, que también es un reflejo jurídico directo de la dignidad de la persona, al margen del destino de las imágenes para su incorporación, no solo, a un proceso sino también a una base de datos policial (art. 10.1 y 18.4 de la Constitución).

La imagen personal se protege mediante el derecho a determinar la información gráfica generada a partir de los rasgos personales (*STc 23/2010*), de esa manera se preserva el aspecto físico como un ámbito propio, reservado y privado frente a la intromisión ajena, porque se entiende vinculado a la esfera moral y a la dignidad humana (*STc 208/2013*). El derecho a la imagen otorga una capacidad de autodeterminación sobre la propia vida, respecto a los atributos más característicos de la persona, como son la imagen física, la voz y el nombre, cualidades que definen al sujeto y que constituyen una posesión inherente al ser humano, todo eso que entendemos como la identidad individual, la personalidad concebida como individualidad (*STc 117/1994*). Capacidad de autodeterminación que se expresa de modo que solo al titular le corresponde decidir si permite la captación o difusión de su imagen, salvo autorización expresa de la ley, tal y como establece el art. 2.2 de la Ley orgánica 1/1982 que regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por otro lado, para determinar la importancia de la representación fotográfica de la persona, ha de tenerse en cuenta, también, que estamos ante datos de carácter personal especialmente protegidos por el art. 18.4 de la Constitución, ya que se trata de imágenes que identifican o permiten identificar visualmente al individuo, que ofrecen una información gráfica sobre su identidad, cuya conservación y utilización

pueden suponer un amenaza a su seguridad o libertad (*STc 29/2013*, sobre la grabación de la actividad de un piquete informativo).

El problema que se plantea es si la injerencia acordada está prevista en la ley, si goza de cobertura legal (art. 53.1 Ce, la *STc 37/1989* que habla de inexcusable previsión legislativa, ya que la Constitución ha querido que la ley, y solo la ley, pueda establecer los límites de un derecho fundamental, como señaló la *STc 57/1994*), y si el imputado titular del derecho fundamental a la imagen puede negarse de modo eficaz a no tolerarla. El art. 8.1 de la Ley orgánica 1/1982 establece que no se considerarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por autoridad competente de acuerdo con la ley, lo que nos remite, igualmente, a la cobertura de la medida de investigación injerente (una ley que deberá tener rango de orgánica y respetar el contenido esencial del derecho, como establecen los art. 81.1 y 53.1, respectivamente, de la Constitución). En el caso, se produce un conflicto entre el derecho a disponer de la propia imagen y el interés público en la persecución de los delitos, en el que ha de examinarse si la regla de autodeterminación del titular del derecho es prevalente o debe ceder (*STc 156/2001*, fj 6). El punto de partida es el contenido esencial del derecho fundamental, el ámbito de lo constitucionalmente protegido, en el que la jurisprudencia constitucional ha incluido la potestad de consentir o rechazar la captación de imágenes que representen a la persona.

El auto de 25.10.2011, única resolución judicial dictada en la causa justificando la práctica contra la voluntad de los inculpados de una reseña fotográfica a los fines de la elaboración de la pericia fisonómica -para establecer su implicación en los hechos-, citaba preceptos que solo amparan diligencias destinadas a despejar la duda sobre la identidad del encartado (art. 373, 374 y 762.7 Lecrim) o que confieren al juez potestades genéricas para investigar la intervención de una persona en un suceso (art. 777 Lecrim). Pero, a estos fines de esclarecimiento de la autoría o de la participación solo se encuentra previsto y regulado el reconocimiento en rueda, que trata de determinar la persona contra la que se dirigen los cargos (art. 368 y 369 Lecrim). Hay una diferencia sustancial, desde la perspectiva del derecho a la imagen, entre la grabación fílmica o la toma de fotografías para utilizarlas en una pericia de identificación y la rueda de reconocimiento, pues solo en la primera diligencia -que, además, requiere una exploración sobre el cuerpo del sospechoso- se capta la imagen, se le representa, que es la acción frente a la que protege el derecho fundamental del art. 18 Ce.

Más allá del reconocimiento en rueda, ninguna referencia encontramos en la Ley de enjuiciamiento a otras diligencias sobre lo que se conoce como el descubrimiento del delincuente, tampoco, desde luego, sobre la captación de imágenes del cuerpo del sospechoso para la elaboración de una pericia. Conviene recordar que el art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos garantiza el derecho de las personas a la vida privada -que abarca los aspectos relacionados con la integridad física y moral del individuo- frente a toda injerencia del poder público, que para no ser arbitraria debe hallarse prevista en la ley y considerarse necesaria en una sociedad democrática para atender a determinados bienes e intereses. Si ofrece dudas la cobertura legal de esta diligencia contra la voluntad del derecho a la imagen de la lectura de nuestra ley procesal, hay que recordar que la doctrina europea y constitucional requieren que la norma habilitante tenga una cierta calidad o precisión, que explicita reglas claras o detalladas que la hagan accesible y previsible, en la medida que se maneja un concepto material de ley (como ejemplo, *STEdh Kruslin contra Francia*, de 24.4.1990, sobre intervención de las comunicaciones telefónicas).

La potestad de exclusión de la captación de la imagen, entendida como representación gráfica ya que el derecho actúa o se proyecta sobre una realidad virtual (una foto o una grabación), está expresamente reconocida en la ley y es uno de los elementos del contenido esencial del derecho. La reseña fotográfica y la dactiloscópica son medios tradicionales de actuación de los servicios policiales, imprescindibles para facilitar la investigación y persecución de los delitos, aunque como es común en este ámbito exista un déficit de regulación, en detrimento de la necesaria precisión de los límites a los derechos fundamentales concernidos. La elaboración de un reportaje con toma de imágenes del cuerpo del sospechoso, como apuntamos, va más allá de la mera reseña fotográfica para su filiación. Los acusados estaban correctamente identificados. Se trataba de indagar sobre sus cuerpos a la búsqueda de ciertos rasgos, marcas o detalles individualizantes para efectuar un estudio fisonómico y disipar la duda sobre su intervención en los hechos.

En el plano de las analogías, la diligencia que nos ocupa estaría más próxima, por su naturaleza, desarrollo y contenido, a la diligencia de confección de un cuerpo de escritura como presupuesto para realizar una pericia de análisis caligráfico. Sin embargo, un matiz marca la distancia y acota el alcance de la comparación: no es posible obligar a otro a escribir, en la medida que ese acto de representación requiere de modo imprescindible de la espontaneidad y voluntariedad del autor; sin embargo, la imagen se puede recoger subrepticamente o sin la voluntad del individuo, aunque la toma de la imagen en ciertas posiciones demanden de

su colaboración. Por otro lado, la diligencia de cuerpo de escritura para elaborar una pericia caligráfica tiene cobertura legal y no afecta a un derecho fundamental, como ocurre con la propia imagen. En efecto, el art. 391 Lecrim autoriza al juez para que requiera al inculcado a que escriba en su presencia algunas palabras o frases, sin emplear coacción, dice, siempre que fuere algo idóneo para identificar la autoría de un texto. La escritura forma parte de la individualidad de la persona, pero no es objeto de especial protección como derecho de la personalidad. Pues bien, el imputado puede negarse, según ha reconocido la jurisprudencia, a realizar dicha prueba: “el derecho a no declarar contra sí mismo y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* constituyen derechos reconocidos en el art. 24.2 CE. Estos derechos no se refieren solo a las declaraciones autoinculpatorias, se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del acusado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de ésta. Por esta razón, no existe obligación del inculcado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica” (STs 1121/2004, Fj 6). Y, además, si está detenido es precisa la asistencia letrada para su obtención (STs 1171/2011, Fj 1, cuestión a la que volveremos de inmediato).

El conflicto no debe banalizarse: en la época del control y de la videovigilancia, es enorme la capacidad invasiva sobre las libertades individuales que tienen los métodos de identificación de las personas que se sirven de las tecnologías de la comunicación para la captación de la imagen y el sonido. El almacenaje masivo de información incorporada a múltiples bases de datos, interconectadas, de modo legal o ilegal, y la automatización de las operaciones de clasificación, registro e identificación de personas, demuestra la importancia que pueden adquirir esos llamados reportajes fotográficos fisonómicos -que podrían ir acompañados de la toma de datos biométricos, como la voz, el fondo del iris o la huella genética, junto a los dactilares- para ser comparados con las imágenes que se recogen mediante el barrido visual permanente de los espacios públicos y semipúblicos por parte de las cámaras instaladas en estos lugares. Buena prueba del riesgo que implica la introducción de esas imágenes que representan a la persona en las bases de datos oficiales, lo evidencia la actitud del instructor del atestado que no ofreció información alguna sobre el origen del establecimiento inicial de la identidad de los sospechosos, adquiriendo solidez la conjetura propuesta por las defensas sobre la posible utilización de archivos digitales no controlados, alimentado con reseñas fotográficas que se recogen de diversas fuentes, entre otras del control de documentación para el acceso a ciertas sedes que se acompaña de la toma de imágenes (dependencias policiales o de las Administraciones) o de los sistemas de videovigilancia.

La Ley orgánica 2/1982, que regula el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, como acabamos de ver, otorga a toda persona la facultad de excluir cualquier intromisión externa en la esfera protegida de su individualidad (art. 2.2). Solo autorización expresa de la ley puede legitimar la injerencia, incluso en el supuesto de ser acordado por una autoridad competente, como es el caso. El principio del *favor libertatis* obliga a realizar una interpretación extensiva de los derechos y, a su vez, restrictiva de los límites que pueden afectarles (*STc 34/1983*). El auto del juez Central de Instrucción no identificaba la norma de cobertura, que no existe de manera clara, remitiéndose a facultades de investigación genéricas o a las relacionadas con la identidad del imputado.

Los cuatro acusados a quienes se refería el auto -Ignacio Antolino Ibáñez, José María Vázquez Moreno, Álvaro Cano Santana y Alessia Borge- se negaron expresamente a someterse al reportaje fotográfico. No obstante fue practicado contra su voluntad. En diligencias de investigación sobre elementos personalísimos que afectan a la individualidad del sujeto, como la voz (expresión que se protege en el derecho a la propia imagen, ver *STs 117/1994*) o la escritura (*STs 1171/2011*), la jurisprudencia parte de la necesaria colaboración voluntaria del inculpado. La similitud con el caso, aquel rasgo por el que nos pueden servir de referencia, es que esas dos diligencias de investigación tratan de identificar al delincuente, como en el caso de la inspección sobre el cuerpo para captar imágenes del sospechoso que comparar con las obtenidas durante el suceso. La diferencia, como hemos dicho, es que no resulta imaginable obligar a otro a hablar o escribir, una vez acordado por la autoridad judicial. El matiz parece de suficiente entidad como para diferenciar el supuesto que nos ocupa y admitir la posibilidad de llevar a cabo la pesquisa contra la voluntad del titular del derecho a la imagen.

Esta autorización judicial, auto de 25.10.2011, ha de analizarse críticamente desde los parámetros del principio de proporcionalidad. El fin constitucionalmente legítimo sería la actuación de la potestad punitiva del Estado, el interés público en la investigación del delito (*STc 37/1989*). En cuanto a la previsión legal de la injerencia en el derecho a la imagen, ya nos hemos pronunciado, creyendo que no hay una precisa cobertura legal (pero en ejercicio de un razonamiento subsidiario, haremos como si dicha cobertura existiera y fuera suficiente, en cuanto a la calidad de la ley, según lo establece la jurisprudencia europea). La medida era idónea, es decir adecuada o apta, para alcanzar ese fin: posibilitar la comparación de imágenes que demandaba la pericia de identificación fisonómica. Sin embargo, la ponderación pudiera no superar el estándar de la necesidad

o imprescindible, ya que la propia resolución -que llegaba tarde para quienes habían sido detenidos previamente para ese fin- la descartaba: porque consideraba que la identificación del autor, o partícipe, en el hecho se podía establecer mediante la observación directa del tribunal de las imágenes de los vídeos y fotografías, pues "a simple vista en muchos de los imputados no mostraba duda su coincidencia con la de quien realizaba la acción". Bien es cierto que no se dice de todos los encartados, lo que podría salvar el requisito de la necesidad. Tampoco precisaban los peritos, según manifestaron en sus informes, de esas imágenes ya que los rasgos morfológicos que sirven para identificar a una persona son fácilmente detectables en una imagen tipo carné, que "permite elaborar sin ningún otro dato o retrato hablado de la persona...una identificación plena" (p. 1.387).

En esos términos del debate, hemos de enfrentar la cuestión de si era necesaria la autorización judicial, porque respecto a trece acusados (más uno declarado en rebeldía) la captación de imágenes se llevó a cabo por iniciativa de la policía, ya que hasta el momento de su detención no se había dictado resolución judicial alguna. Al margen de la cobertura legal de la diligencia de investigación, quedémonos en este momento con el dato de la ausencia de autorización judicial. ¿Podía la policía de propia autoridad acometer la diligencia de investigación? Es cierto que el responsable de la pesquisa policial declaró que tenían autorización verbal del juez, pero esta no consta documentada en el proceso hasta el auto mencionado.

Ante la levedad de la injerencia en el derecho fundamental, la captura de imágenes del rostro y cuerpo del inculcado, entendemos que la policía podía realizar el reportaje fotográfico de los detenidos para su comparación con las imágenes del suceso sin necesidad de mediación judicial. Por ese mismo criterio de la mínima entidad de la injerencia en el derecho fundamental, la posible falta de una precisa cobertura legal carece de relevancia suficiente como para actuar la regla de exclusión probatoria de los documentos visuales obtenidos a partir de dicha diligencia.

No obstante, para salvaguardar el derecho a la autodeterminación informática las fotos realizadas en el reportaje fotográfico solo tendrán virtualidad en el proceso, debiendo destruirse para impedir su incorporación a una base de datos automáticos, lo que podría añadir un daño innecesario a los derechos de los acusados.

1.1.3.- Ausencia de asistencia letrada a los detenidos en el momento de la elaboración del reportaje fotográfico fisonómico.

Si resulta difícil en esa encrucijada afirmar el derecho a no tolerar la injerencia del poder de persecución penal del Estado cuando existen indicios de criminalidad, lo cierto es que la resolución citada, único acto de verdadera interposición judicial a los fines de cumplimentar el deber de motivación que pide toda medida de investigación inherente en los derechos fundamentales, se emitió después de que quince de los acusados hubieran sido detenidos, con la finalidad de hacerles objeto de una sesión fotográfica (los cuatro a los que afectaba el auto no fueron detenidos, comparecieron en el juzgado, una vez citados, donde agentes de la unidad policial les tomaron imágenes del rostro y cuerpo). En esta situación podemos convenir que la práctica de la diligencia requería de la asistencia de letrado, ya que los inculpados se encontraban detenidos, y, por lo tanto, se desplegaban los derechos reconocidos en el art. 17.3 de la Constitución, que desarrolla el art. 520.2 Lecrim, cuyo apartado c) pauta la necesaria asistencia e intervención del abogado, ya fuere de designación particular, ya de oficio, "en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto" (como modelo de comparación podemos servirnos de la práctica de un cuerpo de escritura para identificar al autor de un texto, que según la jurisprudencia requiere, cuando está detenido el imputado, de la presencia de letrado, además de su autorización, ver *STs 1171/2011*). No hay duda de que la confección del reportaje fotográfico significaba también, además de la captación de su imagen, una inspección sobre el cuerpo del inculpadado, un reconocimiento a los fines de comprobar -como en la diligencia de rueda del art. 368 Lecrim- la identidad, no del encartado, sino del delincuente. Lo que obligaba a proveer de las garantías necesarias al detenido para que obrara con plena conciencia de sus derechos, incluso dejando constancia -como hicieron otros- de su negativa a la pesquisa o a ciertas tomas de detalle, como por ejemplo a vestir ciertas prendas o mostrarse con el torso desnudo.

La vulneración de una garantía esencial de la privación cautelar de libertad, que limita y regula la práctica de indagaciones en las que deba intervenir el inculpadado, va a determinar la nulidad del reportaje fotográfico practicado durante la detención en el juzgado de guardia de los seis acusados, ya citados, y de los otros nueve que habían sido detenidos los días 3, 4 y 5 de aquel octubre: Antoni Dolz García, Daniele Vinci, Javier Tadeo Orellana de Villalonga, Alejandra Calderón Becerra, Ciro Morales Rodríguez, María Durán Gurnsey, Olga Álvarez Juan, Carlos Monter Domec y Rubén Molina Marín. Los informes periciales sobre comparación fisonómica deben considerarse prueba obtenida indirectamente de la violación del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido, en la

medida que la privación cautelar de libertad tenía por finalidad exclusiva la obtención de fotos con las que comparar las imágenes dubitadas tomadas en la escena de los hechos.

Lo que significa que algunos datos de detalle sobre el cuerpo de los acusados que los peritos detectaron en las imágenes procedentes de los reportajes fotográficos no podrán aprovecharse para su identificación. No obstante el tribunal cuenta con la grabación de las sesiones del juicio para recordar el rostro de los acusados, a la hora de proceder a la comparación necesaria.

#### 1.1.4.- Prueba pericial fisonómica.

Las defensas cuestionaron la fiabilidad de los informes periciales fisonómicos. La importancia que para la prueba judicial han adquirido los informes técnicos demanda a los tribunales de un control de calidad sobre la validez y fiabilidad de los métodos utilizados en las llamadas ciencias forenses. Las acusaciones afirman la intervención de los inculpados en los hechos con base en estos informes policiales, lo que exige distinguir el conocimiento científico válido de aquel que no lo es.

Los expertos del Grupo de identificación facial explicaron su método: 1) Hay rasgos morfológicos, fundamentalmente los elementos óseos del cráneo, que siendo invariables permiten la comparación mediante imágenes; 2) Han valorado no sólo las coincidencias y su número, también, que la ausencia de divergencias; 3) La comparación entre imágenes permite una identificación plena. Las conclusiones de sus informes se expresaban en términos de unicidad: es la misma persona, decían. Previamente consignaban las similitudes fisonómicas y la falta de divergencias (los informes se redactaban en formularios estandarizados, ver como ejemplo p. 1.386).

Preguntados por las defensas precisaron que no habían indagado en la probabilidad de error de su método, que la gestualidad modificaba los rasgos faciales, que no tomaron medidas para determinar las proporciones morfológicas, ya que se limitaron a seguir la norma de la cara, y que utilizaron el programa comercial de tratamiento de imágenes Photoshop, para mejorarlas y comparar. Existiendo programas informáticos de reconocimiento automático mediante la comparación de datos guardados en inmensos silos de información -imágenes obtenidas de los sistemas de video vigilancia- los peritos nos ofrecen un conocimiento que, en tiempos, se utilizara como herramienta para filiar a los individuos por parte de

funcionarios adiestrados en el manejo de la morfología corporal, los llamados “buenos fisonomistas” (aduaneros, policías, magistrados, oficiales de los ejércitos).

Es decir, los expertos policiales han utilizado técnicas de observación del cuerpo humano empleadas en la identificación de personas por parte de los aparatos del Estado, también de la justicia, desde finales del siglo xviii y que fueron clasificadas y ordenadas por Bertillon, provocando una revolución en el conocimiento y archivo policial (Elaboró un sistema que se sustentaba en cuatro métodos: la antropometría, la descripción fisonómica -aquí nominada como identificación facial, entonces se hablaba de retrato parlante del rostro y del cuerpo-, la reseña fotográfica y la relación de marcas visibles). El problema de esas técnicas de identificación -inmediatamente superadas por la dactiloscopia- es su aplicación, porque inevitablemente basadas en la observación conducen a la subjetividad y la individualización por aproximación, al resultar imposible su reducción a pautas objetivas regulares. Late en el fondo un problema común del razonamiento y de la prueba en el paradigma indiciario, un conocimiento basado en la sobrevaloración de datos marginales o secundarios, que aquí se estiman como reveladores, pero que se sirve de criterios de conocimiento de difícil formalización en reglas generales y de elementos imponderables, como la intuición. Es por ello que ha sido imposible, según advierte el historiador Carlo Ginzburg, establecer las bases científicas de la descripción fisonómica; aunque, bien es cierto, en muchos ámbitos no se puede prescindir del conocimiento indiciario.

La identificación fisonómica procede por comparación subjetiva a examinar dos elementos de prueba -la imagen dubitada del autor de los hechos y la indubitada del inculpado-, un método que no se apoya en una base científica cuya validez y rigor estén demostrados; algo de lo que se desentienden los peritos, como pusieron de manifiesto sus respuestas a las preguntas de las defensas, porque no les preocupaba el grado de probabilidad o acierto de sus opiniones ni el margen de error. Además, sus conclusiones se presentan en términos de unicidad, es decir de identidad -plena, se dice-, lo que excluye de plano el error, algo que ni siquiera las ciencias fiables descartan. No se plantea el informe que la identificación resulta imposible de confirmar (incluso contando con el parecer de la persona representada, que puede también equivocarse). De ese modo no se puede concretar qué y cuánta información fiable se puede obtener a partir de dichos estudios. El paradigma de la individualización pone en cuestión la distribución del trabajo entre el perito y el juez, al afirmar aquel lo que no le corresponde, la hipótesis acusatoria sobre la identidad del autor del hecho. Es por ello que el perito solo puede transmitir lo que dicen los datos

a partir de un método de interpretación: el resultado de la comparación en términos de exclusión del sospechoso y de coincidencia o no exclusión; y en este punto es fundamental determinar el valor incriminatorio de la coincidencia, es decir la probabilidad de que la imagen dubitada fuese la del acusado.

Los informes no nos permiten conocer nada de todo ello, que resulta bien relevante para valorar críticamente el resultado de la pericia. En esa medida, no puede considerarse que aporten un conocimiento cualitativamente diferente del que se sirve el tribunal. En su caso, el parecer de los peritos es un instrumento auxiliar y limitado, que no sustitutivo del análisis por parte del tribunal, en la lectura de las imágenes del hecho y en su confrontación con las características de los acusados, para decidir su correspondencia y la posible identificación.

1.1.5.- La fuente de prueba sobre las imágenes y filmaciones obtenidas del suceso. Autenticidad y aportación íntegra de las grabaciones. Control judicial.

Las defensas plantearon varias cuestiones atinentes a la legalidad, autenticidad e integridad de las imágenes introducidas en la prueba. La cuestión fue planteada como previa al inicio del juicio y el tribunal pospuso la decisión a este momento. En la fase de instrucción las defensas ya habían planteado la necesidad de garantizar la autenticidad de las grabaciones audiovisuales que se habían utilizado para la reconstrucción del suceso y la identificación de los inculpados, mediante escritos de solicitud de diligencias en las que pedían que se determinara a los autores de las fotografías y grabaciones (se señalaban a las empresas El Periódico de Cataluña, La Vanguardia, Youtube, e-noticias, TV Catalunya, Barcelona Televisió, Tele 5, La Cuatro y TV3, también se requería información de la policía sobre el origen y autoría de otras imágenes que habían utilizado en la investigación), para que aportaran los soportes originales sin editar y se les recibiera declaración sobre los hechos. Alegaban la necesidad de acreditar la autenticidad de la prueba documental y de contextualizar la selección de imágenes con el relato completo que contenía la filmación (páginas 2416 y 2418). Por auto de 18.1.2012 el juez denegó las diligencias, con base en el informe del Fiscal que consideraba no había dudas sobre la autenticidad de los documentos y la ausencia de manipulación (p. 2445). Las defensas recurrieron en reforma el auto, informando las acusaciones Manos Limpias y Generalitat de Catalunya en contra; por resolución de 16.2.2012 se declaró sin objeto el recurso al haberse inhibido la Sala a favor de los órganos judiciales del lugar de los

hechos. Es decir, la cuestión relativa a la validez de la prueba documental ha sido propuesta en forma y plazo, permitiendo el debate contradictorio.

El art. 382 de la Ley de enjuiciamiento civil contempla como medio de prueba la reproducción de imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación o grabación, estableciendo en su apartado 2 la posibilidad de prueba sobre la autenticidad y exactitud de lo reproducido (que es norma de aplicación supletoria al proceso penal). En relación a la incorporación a la prueba de grabaciones videográficas sobre los hechos, la jurisprudencia ha establecido una serie de parámetros de validez. Dejando al margen los requisitos relacionados con el respeto del derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, en lo que aquí nos interesa debemos reparar en:

1) Ha de ponerse a disposición judicial el material videográfico en el plazo mas breve, para garantizar la autenticidad del documento, ya que la demora podría constituir un indicio de posible manipulación (la integridad y el tiempo han sido cuestionadas en la propia jurisprudencia, ya que su relación no es causal ni necesaria, señalando que la demora solo exigiría una comprobación de la autenticidad, *STs 485/2013*).

2) Deben aportarse los soportes originales, porque solventa cualquier duda sobre su posible alteración o edición, y, sobre todo, porque es condición para la obligada mediación judicial en la selección de las imágenes, escenas o secuencias que se introducen en el cuadro de la prueba.

3) Incorporación íntegra de lo filmado, debiendo ser la autoridad judicial la que seleccione de modo contradictorio los planos y secuencias que resulten relevantes para reconstruir el hecho, mediante su exhibición en el acto del juicio. Que el documento se halle completo, en toda su duración, permite a las partes acceder a la prueba para obtener elementos de cargo y de descargo. Cuando la selección se hace de manera unilateral por los investigadores policiales, sin mediación judicial ni intervención de las partes, se está privando a las defensas de la posibilidad de contextualizar las imágenes incriminatorias en el relato fílmico. La elección de planos o imágenes no es una diligencia neutral, depende de la hipótesis de partida del observador; cualquier tarea de síntesis o de cita es una forma de manipulación del documento, porque otorga sentido y puede alterar la narración, de ahí que deba realizarse con posibilidad de actuación de la defensa. También en este momento de práctica de la diligencia de instrucción de visionado contradictorio y selección de imágenes y secuencias, es cuando las partes pueden solicitar pericias para establecer la

autenticidad de la grabación o la identidad de las personas registradas en el documento.

4) En el acto del juicio, siguiendo la pauta del art. 726 Lecrim sobre el examen directo por parte del tribunal de documentos y piezas de convicción, debe visionarse la grabación.

Son los requisitos de validez de la incorporación y producción de la prueba videográfica que señala de manera constante la jurisprudencia. La *STs 968/1998* se ocupa de un caso de asesinato intentado: las imágenes de la agresión fueron tomadas por un operador de cámara de televisión que entregó la grabación íntegra, se le recibió declaración para autenticar la filmación, el juez seleccionó los pasajes que se incorporaron a la prueba y se realizó una pericia para acreditar la integridad del documento. La *STs 157/1999*, una investigación sobre venta de drogas con grabación de escenas por parte de la policía: se entregó el soporte original íntegro y el juez acotó las secuencias que interesaban. La *STs 828/1999*: el hecho era un robo con intimidación, la prueba consistió en fotogramas extraídos por la policía de una grabación de vídeo, sin que se visionara la filmación ni declararan los policías que habían positivizado las imágenes; la sentencia fue casada por absoluta falta de control judicial en la gestación y obtención de la prueba, ya que no fue la autoridad judicial la que había seleccionado las imágenes sino la policía y, además, no se permitió la contradicción en el proceso de obtención de los fotogramas que se llevaron al cuadro probatorio.

Esta última resolución considera que debía asimilarse el tratamiento de esta prueba a la de las grabaciones de sonido que contienen las conversaciones telefónicas, para afirmar la necesidad de control judicial, garantías que han de trasladarse a las filmaciones videográficas. Las *STs 299/2006* y *485/2013* recogen estos requisitos en cuanto al control judicial. Es importante destacar, a partir de esa pauta, que respecto a las escuchas telefónicas, si hay un proceso de selección de las conversaciones relevantes para la prueba de cargo y de descargo, nunca un diálogo, al margen de su extensión, es objeto de selección, fragmentación o síntesis; se aporta íntegra la comunicación y se escucha en el juicio. Palabras o frases sueltas, descontextualizadas, pueden llevar al observador a error con suma facilidad. Es un parámetro de comparación para analizar el valor de la presentación de fotos fijas extraídas de una filmación en función, exclusivamente, de los intereses del encargado de la persecución. Porque pueden provocar el mismo sesgo y desnaturalizar el relato.

En el caso resulta que fue la propia policía la que obtuvo las grabaciones, las visionó y decidió cuáles eran útiles para la investigación del suceso y para la identificación de los autores. De hecho las imágenes que hemos contemplado en el juicio se encuentran en un devedé “recopilatorio” -impugnado por las defensas- que fue compuesto por los responsables de la investigación el 11. 9.2011; también las fotos fueron obtenidas de las filmaciones por los agentes policiales. Las defensas solicitaron en momento idóneo -durante la instrucción de la causa- que se acreditara el origen de las grabaciones, muchas privadas y otras procedentes de las cámaras de vídeo vigilancia activadas para captar imágenes de la protesta, que se identificara a sus autores y que se indagara acerca de su autenticidad y completitud. Se denegó la diligencia. En el juicio los responsable policiales de la investigación no ofrecieron dato alguno sobre los agentes que habían realizado la selección de secuencias y obtenido las instantáneas, algo que no consta, sorprendentemente, en el atestado (mossos 2362 y 4969 instructor y secretario, únicos identificados en las diligencias, a pesar de que, según dijeron, hubo muchos agentes implicados en las tareas).

En la selección de imágenes no pudieron intervenir las defensas: fue un acto de investigación unilateral, sin mediación judicial, que pudo condicionar la prueba al recortarla y presentarla de manera sesgada, al no permitir a las defensas que incorporaran secuencias e imágenes que contuvieran elementos desincriminatorios o que permitieran poner en cuestión el relato ofrecido por los perseguidores.

La importancia de la elección de unas imágenes y del descarte de otras no puede considerarse un tema menor. Porque esas decisiones configuran la realidad que se muestra o que se trata de reflejar. No es una actividad neutral, como pareciera al tratarse de fotos o filmaciones de hechos acaecidos. La misma determinación de lo que entra en el cuadro y lo que se deja fuera influye en la (re)construcción de la realidad. En el análisis de la prueba veremos un caso en el que la decisión de qué fotos se llevaban al anexo, que vimos durante el juicio, permitía interpretar un gesto de manera diferente: la persona 16 (según las acusaciones la Sra. Pi i Morera, anexo 16 del bloque 9) parecía que había dado con su mano izquierda en la espalda de un diputado, pero si se contemplaba otra imagen, no incorporada al anexo por decisión de quién seleccionó los documentos, que se corresponde con el momento inmediato posterior en la secuencia cronológica, se comprueba que la distancia entre ambos protagonistas hacía imposible que el gesto, la mujer levantaba su mano izquierda, hubiera sido producto de un contacto físico con el otro y que su motivación fuera agresiva. Pudimos establecer esa diferencia, provocada por el distinto

ángulo de la cámara y por el interés del montador del documento, cotejando las fotos del anexo con las que se hallaban en otra carpeta, denominada recopilatoria, que a su vez había sido elaborada a partir de los criterios del anónimo encargado de la indagación; nadie puede saber qué otra realidad podríamos levantar si manejáramos otras imágenes, fijas o filmadas, que fueron consideradas sin interés por los encargados de la pesquisa policial.

La interposición judicial, con la contradicción de las partes, método imprescindible de configuración y presentación de los medios de prueba, garantiza un mínimo de imparcialidad y objetividad -de eliminación, al menos, de groseros sesgos subjetivos-, porque de lo contrario el investigador se dejará llevar por la pulsión de confirmar su hipótesis sobre lo ocurrido.

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 la 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.

Salvo que la filmación diera cuenta completa del hecho objeto de la prueba, algo que solo ocurre en relación al suceso en el que se vio implicada la diputada Sra. Tura i Camafreita cuando la espalda de su chaqueta fue pintada por la acción de una persona (cuya correspondencia con uno de los acusados hemos afirmado, precisamente, a partir de ese documento audiovisual). En este supuesto la filmación es suficiente por sí misma para explicar narrativamente el hecho, por lo que pueda descartarse cualquier impacto negativo de síntesis, fragmentación, cita, extrapolación o

elipsis que pudiera hacer quien editó las imágenes. El resto de grabaciones y fotografías fueron objeto de tratamiento, no respetándose la integridad del documento, ni la exigencia de contradicción en la selección y obtención del medio de prueba que fue aportado en el juicio.

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.

## 1.2.- Prueba de los hechos e intervención de los acusados.

### 1.2.1.- Convocatoria de la manifestación Aturem el Parlament.

El movimiento 15m convocó para el 14 y 15 de junio de 2011 una acampada en el Parc de la Ciutadella junto al Parlament de Catalunya, con motivo de las sesiones que se iban a celebrar para aprobar los presupuestos. La convocatoria fue publicitada en una rueda de prensa que ofrecieron el Sr. Arbide Aza, como portavoz de “L'acampada de Barcelona”, y el Sr. Bonet, presidente de las asociaciones de vecinos de Barcelona. El lema era “Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades” (Paremos al Parlamento, no dejaremos que aprueben recortes). Según explicó el Sr. Arbide, testigo de la defensa, su intención era trasladar a los diputados su falta de legitimidad para acordar unos recortes presupuestarios que atacaban frontalmente determinados derechos sociales, mediante una manifestación pacífica y simbólica. No pretendían paralizar la actividad parlamentaria pero sí tratar de impedir la aprobación del proyecto de presupuestos. El agente 3295, instructor del primer atestado, confirmó que la convocatoria se había hecho en esos términos, según los organizadores sería una manifestación pacífica, ante la que los diputados tendrían que decidir si entraban o no a la sesión. En la causa consta la comunicación que este responsable policial dirigió a la Fiscalía dando noticia de la convocatoria, a la que informaba que se iba a poner en marcha un dispositivo para garantizar el acceso de los diputados, que comprendería el cierre del parque mientras se desarrollaban las sesiones (p. 108, acompañaba carteles que anunciaban las movilizaciones, bajo el lema "Ningú ens representa", así como el teletipo de una agencia de prensa sobre la rueda de prensa, con título "Los indignados harán un cordón humano ante el Parlament para frenar los recortes del Govern", en la que se informaba la razón de la protesta: “las cuentas contienen el mayor ataque a los servicios públicos de la historia de Catalunya”, p.113).

El dispositivo policial decidió cerrar el Parc de la Ciutadella desde la noche del 14, para impedir que los manifestantes acamparan en su interior; lo que provocó que velaran en una zona enclavada entre el Pasaje Picasso y la avenida del Marqués de Argentera (p. 125 y declaración del testigo). Por la mañana el parque seguía cerrado; se dejó abierta únicamente la puerta 7 - a la altura del número 37 de la calle Pujades- para el acceso de los diputados y del personal del Parlament. Según consta en el atestado, en varias ocasiones, a las 6.45 y a las 6.50 h., la policía disolvió a los manifestantes; unas seiscientas personas estaban concentradas en el único acceso practicable (p. 128, algo que confirmó el testigo Sr. Delgado Ruiz). Solo después de varios incidentes, hacia las 9.55 h., se estableció un cordón policial desde la calle Marina a la puerta 7 para proteger la entrada de los parlamentarios (p. 129, el atestado fue levantado por el agente 325 con la información que le facilitaban las diversas unidades). En ese momento quince diputados eran trasladados desde las dependencias de la Guardia Urbana de l'Eixample, otros treinta en helicóptero desde la Comisaría de la calle Bolivia, entre ellos el President de la Generalitat y la Presidenta del Parlament, y una comitiva de dieciocho vehículos policiales desplazaba hasta la asamblea legislativa a otros (en el folio 134, consta la relación de veinticinco diputados que fueron trasladados en vehículos policiales, lo que significa que la suma de los que debieron ser ayudados a llegar a la sede parlamentaria fue de unos cincuentaicinco). Hacia las 10.55 h. todos los parlamentarios habían entrado en la cámara.

La sesión plenaria del 15 de junio estaba convocada para las 10 h. Se inició 11 minutos después de la hora con la asistencia de 70 diputados, lo que motivó la alteración del orden del día. Se abordó en primer lugar el punto 3; los puntos 1 y 2 (sesión de control al Govern y al President y homenaje a Jordi Solé i Tura) se desarrollaron en la sesión del día siguiente. La información procede de la certificación que emitió la Secretaria general del Parlament (p. 1836). Por lo tanto, no es correcto como proponen las acusaciones en sus conclusiones definitivas, que la sesión una vez iniciada debió suspenderse durante media hora, sencillamente se alteró el orden del día.

La concentración en el parque continuó durante la jornada, se celebró una asamblea en la puerta 7 hacia las 13.52 h., posteriormente unas mil personas se manifestaron dirigiéndose al Palau de la Generalitat (18.30 h.). Diputados y personal del Parlament salieron de la sede sin problemas (p. 132).

El dispositivo de seguridad dejó abierta la puerta 7 para que entraran los parlamentarios. Por lo tanto, no fueron los manifestantes quienes

obstruyeron las diversas vías de acceso, como se dice en los escritos de acusación. Todos los testigos fueron contestes. Además, los parlamentarios –según relataron los que comparecieron como testigos- habían recibido instrucciones previamente de transitar por aquella puerta. Según el atestado la entrada 7 obligaba a caminar trescientos metros hasta ganar el edificio de la asamblea legislativa.

De esa manera, sin que la autoridad gubernativa adoptara hasta bien entrada la mañana la medida de levantar un cordón policial para permitir el tránsito de personas hacia el parlamento, los manifestantes se concentraron en la puerta 7, única vía abierta, y la confrontación de los diputados con ellos se hizo inevitable.

1.2.2.- Hecho 1. Llegada de la comitiva del President de la Generalitat: Bloque 1.

En el análisis de la prueba seguiremos el esquema que propuso la fiscalía en su escrito de conclusiones.

Son varios los relatos que se nos han ofrecido para reconstruir el intento de la comitiva del President Sr. Mas de acceder en coche al Parlament. Entre otros hemos escuchado su propio testimonio, el de dos diputados que le acompañaban en el vehículo oficial, el Sr. Llop i Rigoll (que no pudo acceder andando ante la presencia de muchos manifestantes, empecinados, dijo, en que no entraran, suceso que examinamos después) y el Sr. Fernández Teixidor, así como el de los tres agentes que les protegían aquella mañana. Desistieron de su intento al comprobar, algo que ya sabían los escoltas por las noticias que les llegaban por la emisora policial, que una manifestación de personas ante la puerta 7 -vía que se les había indicado- obstruía el paso hacia el interior del parque. Al hacer la maniobra para regresar, un grupo se les aproximó y alguien llegó a golpear el auto. Incluso, según dijeron los policías -algo de lo que no había constancia en la causa hasta el juicio-, fracturaron un espejo retrovisor y causaron desperfectos en la chapa.

Contamos con dos filmaciones del hecho, que analizaremos junto con el resto de medios de prueba, en los términos dichos: afirmar la presencia de un acusado en la escena y, solo con carácter subsidiario, examinar los documentos fragmentarios para determinar si la información parcial y sesgada, según el interés del encargado de la pesquisa, que ofrecen permite o no afirmar la hipótesis acusatoria.

En el vídeo 1 se aprecia a un grupo de gente correr de modo desorganizado hacia un foco de interés, varios motoristas de la policía y coches oficiales giran su sentido de marcha y muy despacio, pero sin que parezca que se detienen, regresan por la misma vía. Hay varias fotos obtenidas a partir de esa filmación (anexo 1). El hecho que se relata en los escritos de acusación, tal y como parece desprenderse de la grabación, tuvo lugar cuando la comitiva oficial había decidido no seguir hacia la puerta 7 y, con ese fin, iniciado la marcha para volver sobre sus pasos, girando ciento ochenta grados. Es por ello que la acción inmediata de ese grupo debe interpretarse, en la intención de los manifestantes, como un acto de protesta frente a los cargos públicos que debían ir en la comitiva de vehículos oficiales, sin distintivo que permitiera identificar a los presidentes del Govern y del Parlament, sin otras connotaciones. Porque el tránsito no era practicable por la presencia de manifestantes en la misma puerta de acceso.

Las acusaciones atribuyen a la persona 17 (identificado como D. Javier Tadeo Orellana de Vilallonga) haber cortado el paso a la comitiva oficial, obligando a modificar su trayectoria. En las fotos 1 y 2 se observa a una persona delante de un vehículo negro, cuando este ya ha girado hacia su izquierda, rectificando su marcha; en la segunda imagen el sujeto levanta su mano derecha, en la tercera se desentiende de la evolución del coche que gira y observa a los agentes motorizados, parece como si dialogara con ellos. La persona 17, según esas imágenes fragmentarias, no toma contacto con el coche y su actitud es equívoca. Incluso no se puede descartar que quisiera advertir que por allí, debido a la congregación de manifestantes, no se podía pasar. En la foto 5 mira en dirección contraria a los coches, está situado entre dos policías que circulan en moto; en el documento 6 se aleja del lugar, al tiempo que se ve evolucionar al coche presidencial.

El agente 11197, escolta del President, relató el intento frustrado de acceder al Parlament por la puerta 7, que debieron descartar ante la presencia de numerosos manifestantes; reconoció las imágenes en las que se ve al sospechoso 17 junto al coche. Dijo que no pudo oír lo que decía, pero hacia señales extrañas como de que pararan o se desviarán. El policía que conducía el vehículo, agente 5420, contó que como los manifestantes impedían el paso, hicieron maniobra de evasión, girando a la izquierda lentamente; mientras, una persona en medio de la calle con las manos levantadas obstaculizaba el paso. Reconoció las fotos que se le exhibieron, procedentes de la filmación.

Las imágenes de las dos grabaciones no avalan que el sospechoso 17 interrumpiera la marcha de la comitiva, porque cuando se le ve levantar la mano el vehículo presidencial ya había rectificado su trayectoria, precisamente al advertir que numerosos manifestantes ocupaban la calzada en el camino de acceso a la puerta 7.

Sobre la identificación de Orellana hay que anotar que la imagen dubitada, la del suceso, que utilizan los peritos en fisonomía, no ha sido obtenida de las filmaciones del video 1 (p. 1.664). Ignoramos de dónde procede. Se observa a un grupo de personas junto a un paso de cebra con las manos en alto, delante tienen a un policía en moto. Ni en el documento ni en el informe se indica el lugar y la hora de la escena. Incluso admitiendo la plausibilidad de la identificación, no se refiere al individuo que levantaba una mano frente al coche presidencial cuando ya había girado. El informe no nos ayuda en el esclarecimiento de ese dato.

No hay otras fuentes de conocimiento sobre tal hecho y su autoría, por lo que debemos tener por no probada la hipótesis de la intervención de Orellana, lo que conlleva su absolución en este punto, al margen de la irrelevancia penal de la conducta del sujeto 17.

A la persona 7 (identificado por las acusaciones como D. Daniele Vinci) se le atribuye colocarse en la parte delantera del coche, para evitar que pudiera avanzar, zarandearlo, balancearlo y darle golpes. No reparamos en su presencia en las dos filmaciones sobre el suceso. En la foto 3 se halla en una posición alejada del coche oficial, si seguimos las indicaciones de los investigadores policiales, que anotaron los documentos. En las imágenes 4, 5, 6 y 7 sigue en la misma actitud de observación. En la 9 es señalado como un individuo que tiene los brazos hacia delante, sobre algo que es el centro de atención del observador, pero que se encuentra tapado por manifestantes con mochilas. En la imagen 10 la persona 7 está erguida y mira, el coche queda oculto por la gente que se concentra a su alrededor. En la 19 se ve a la persona mirando a su izquierda. Sin embargo si uno vuelve a visionar el video, dicho individuo aparece siempre, y en todo momento, entre la cámara y los coches de la comitiva, lo que siembra la duda de si es el mismo que en las fotos aparece junto, o encima, del auto.

Las imágenes sobre la aproximación de manifestantes al coche presidencial, entre los que se encuentra el señalado como 7 (fotos 4 a 9), son planos generales que representan la encrucijada de calles y los objetos y personas que por allí pasaban, lo que hace difícil la precisión. Puede ser que el sujeto que abandona la escena sea el mismo que aparece previamente junto al coche, pero no hay imágenes de detalle en el momento

crítico. Es dudoso que el individuo designado como 7 en las últimas imágenes fuese uno de los que aparecen apoyados sobre el vehículo oficial.

El agente 3630 iba de copiloto en el coche presidencial y relató que cuando vieron que los manifestantes, que se encontraban en el acceso a la puerta del parque, avanzaban hacia ellos realizaron una maniobra de evasión. Alguien intentó abrir su puerta y la del President, otro les impidió el paso con un brazo levantado. Siguieron girando para abandonar la zona, cuando la multitud llegó, les bloqueó el paso y algunos subieron encima y dieron golpes, con manos y pies: Un individuo puso sus manos en el capó, saltó por encima y salió por el lado contrario. Ellos se movieron despacio hasta coger la vía de salida. Se le exhibió el fotograma 14, página 480: identificó a una persona retratada de espaldas como el que subió por encima del auto; en el juicio dijo literalmente: "tengo la impresión de que era él", algo que decidió en atención a su tamaño y a la ropa que llevaba, porque la imagen no ofrecía otros datos del sujeto. El agente 5420, conductor del auto, solo señaló en las fotos a la persona que, según él, había puesto sus manos en el capó para detenerles (sospechoso 18, a quien se vincula con un acusado en rebeldía); relató que fue el mismo que saltó por encima de la parte delantera del vehículo. Se le exhibieron fotos en las que aparece la persona 7, al que no imputó acción alguna.

Los dos testigos fueron coincidentes: la persona que puso las manos en el capó fue la que saltó por encima. Es algo que se contradice con la identificación que el agente 3630 hizo sobre el sujeto 7, al que vemos con camiseta oscura, ya que en las fotos quien pone las manos sobre el capó, por lo tanto el mismo que inmediatamente saltó, viste una prenda blanca.

Esta identificación carece de eficacia incriminatoria, una vez sometida a un análisis crítico. Porque el testigo señala a una persona a la que ha visto fugazmente en una situación de tensión, cuando estaba rodeado de gente, preocupado por la evolución del vehículo -que llevaba lunas oscuras- y por la clausura de las puertas y sistemas de seguridad. No se ve el rostro del individuo que la foto registra. Lleva camiseta y vaqueros, algo común entre los manifestantes. Es cierto que parece alto, pero no es un rasgo inequívoco que pueda, por sí solo, individualizarle. Por lo demás, el propio testigo dijo que tenía "la impresión" de que era él, es decir que trasladó un juicio u opinión que no se puede justificar y sobre el que no se tiene certeza. También hay que hacer notar que la persona que en las imágenes se ve con las manos sobre el capó lleva una camiseta de color blanco y la prenda del aquí señalado es oscura. El testigo vio las dos filmaciones, incorporando información postsuceso, lo que hace difícil

deslindar y aislar su recuerdo vivido, original, frente a la memoria construida y elaborada después.

La asociación entre el personaje 7 de esta escena y el acusado Sr. Vinci que sostuvieron los fisionomistas de la policía se sustenta en dos imágenes del suceso que no aparecen en las filmaciones que se exhibieron en el juicio, ni se corresponden con las fotos impresas que proceden de aquellas. En las imágenes dubitadas del informe el individuo a reconocer camina por una calle (p. 1684) o se encuentra frente al diputado Sr. López i Tena. Por lo tanto, no hay posibilidad siquiera de afirmar que el sujeto 7, aquí, en la secuencia del coche del President, sea el Sr. Vinci. No tenemos datos para suplir la omisión. Lo que determinará su absolución por el hecho, cuya autoría no aparece acreditada.

La grabación que contiene el vídeo 2 muestra a una comitiva de coches de colores oscuros, al menos seis, de distintas marcas y modelos, que avanzan por una avenida; a su lado, protegiendo la zona más próxima a la acera, discurren varios motoristas de la policía autonómica. Estos se detienen en una encrucijada, donde hay conos de señalización, de plástico, en el suelo. Se ve a un grupo de personas que ocupan la calzada. Un sujeto lanza un escupitajo desde lejos y otro un cono, cuando los coches ya han rebasado su posición y se alejan. El joven que lanza el cono es sujetado físicamente y recriminado por una mujer joven, que le aparta. La maniobra de rectificación de la marcha dura escasos segundos, una vez que los conductores de la comitiva comprueban la presencia de la gente, se retiran. Lo que quiere decir que la secuencia que reflejaba la primera filmación de personas que se aproximan al auto del President duró pocos segundos.

A la persona 42 (según la hipótesis acusatoria D. Rubén Molina Marín) se le acusa de interponerse en la marcha de la comitiva, intentando abrir la puerta del coche, y tirar un cono de plástico de señalización a uno de los autos. Ni en el vídeo ni en las imágenes impresas se le ve en una posición próxima a los vehículos, luego no pudo intentar abrir la puerta, o si lo hizo no hay medio alguno de prueba al respecto. Ninguno de los tres agentes que ocupaban el coche presidencial señaló en las imágenes a la persona que intentó abrir las puertas del auto. Se observa que el individuo filiado con el número 42, que lleva gorra y barba, lanza un cono, pero cuando ya la comitiva había abandonado el lugar, desde luego le había rebasado. El cono cae al suelo. No hay posibilidad de confirmar que se corresponde con una figura que evoluciona entre los coches, de la que no se aprecia, por la distancia, rasgo alguno, salvo que viste de oscuro; incluso, a dicha figura no se la ve cerca del coche presidencial. Luego, solo se le

puede atribuir el lanzamiento de un cono a la calzada en la dirección por la que han marchado los coches.

El informe pericial fisonómico no puede auxiliarnos en la atribución al acusado Molina Marín de la identidad del sujeto 42: las dos imágenes dubitadas del suceso que han utilizado los expertos de la policía son ajenas a la filmación del hecho. En ellas se ve a un individuo, que individualizan como el acusado, en una calle, parece que durante la jornada de protesta, vistiendo gorra, camiseta y vaqueros, rodeado de personas. Es cierto que se parece a Molina, pero tal semejanza solo acreditaría que estuvo en la manifestación en algún momento, no desde luego cuando la comitiva del President intentó acceder a la Ciutadella. La pericia no afirma que el acusado fuera la persona que arrojaba el cono a la calzada; el tribunal no está en condiciones, por falta de datos, de suplir esa ausencia, más allá de señalar un parecido con los rasgos del sujeto a identificar. Lo que va a determinar su absolución.

Respecto al hecho, hay que apuntar que los vehículos no llevaban distintivo, por lo que los manifestantes no podían saber si se trataba del President o de otra autoridad. El agente 11197 dijo que las características de los vidrios de las ventanas del coche hacen difícil visualizar desde el exterior quienes ocupan el auto. Lo que también altera la percepción del ocupante del mismo.

### 1.2.3.- Hecho 2. Acción sobre la diputada Sra. Tura i Camafreita.

Cuando a pie, la Sra. Tura i Camafreita se dirigía al Parlament, pasando por medio de la gente que protestaba por los recortes presupuestarios, una persona ensució la prenda de abrigo que llevaba y el bolso, algo que no advirtió la diputada hasta llegar a la sede de la Asamblea. 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.

Para conocer lo ocurrido, nos servimos del video 3, que dura diecisiete segundos. Se ve a dos mujeres que caminan de espaldas a la cámara y conversan. Están rodeadas de personas, aunque no prestan

atención a la pareja. Un hombre con una bata blanca manchada se acerca por detrás y pinta con un espray la espalda de la chaqueta de la mujer que camina a la izquierda de la imagen, ensucia el tejido con dos trazos de arriba abajo. Las dos mujeres siguen caminando, sin advertir el hecho. La Sra. Tura manifestó que no reclamaba los daños (la valoración que constaba en la causa, dijo, era el precio de compra de la prenda, 240 euros). Terminó explicando que no tuvo miedo, aunque en algún momento se limitó su libertad para avanzar hacia el Parlament.

La Sra. Tura se reconoció en la grabación.

Las acusaciones consideran que el autor del hecho, que señalan como la persona 4, es D. José María Vázquez Moreno. Los hechos que se le atribuyen se pueden afirmar utilizando la grabación videográfica, que contiene en su integridad el suceso. Al actor solo se le aprecia el rostro parcialmente en el momento en que se gira y sale de cuadro; lleva barba y bigote.

La asociación del sujeto 4 con el Sr. Vázquez se sustenta en el testimonio de varios agentes de policía que conocían al acusado por su protagonismo en las concentraciones que se celebraban todas las semanas ante el Hospital de Bellvitge, en protesta contra la privatización de la sanidad y los recortes. El informe pericial se sirve de imágenes del conflicto ante dicho centro sanitario, extraídas de diversas filmaciones llevadas a cabo por la policía (p. 2541). No nos sirve dicha comparación porque se trataba de identificar al individuo que aparecía en el video 3 con el espray, no a la persona que participaba en aquellas protestas. Sin embargo, los agentes 9007, 2869 y 6614 declararon que el autor de la acción sobre la gabardina de la diputada –habían visionado la filmación– era el acusado, al que habían identificado y conocían de las manifestaciones de Bellvitge. La comparación de las imágenes parece avalar esa opinión.

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.

#### 1.2.4.- Hecho 3. Entrada del diputado Sr. Boada Masoliver.

Según las acusaciones, el día de autos un grupo de personas impidieron que accediera al Parlament y le insultaron, lo que le obligó a intentar otro camino, siendo de nuevo obstaculizado, hasta que logró llegar a su destino.

El Sr. Boada dijo: a las 9 de la mañana intenté entrar por la puerta 7, según nos habían indicado, iba con otros compañeros; como no pudimos seguir lo intenté por otra calle. Un grupo de personas se manifestaban fuera del parque y no dejaban entrar. Me bloquearon el paso y me insultaron, algunos me persiguieron; no destacó ninguna persona, era la muchedumbre la que opinaba y gritaba. No me sentí en peligro, sí preocupado. (Al ver las dos grabaciones reconoció la escena, observando que algunos manifestantes controlaban a los más exaltados.) En ningún momento me planteé no entrar al Parlament, tampoco, al final, fue tan complicado. Ninguno de los operadores de cámara ni de los reporteros gráficos, dijo a preguntas de alguna defensa, me auxilió. Comentó que el dispositivo policial fue un desastre, porque no se les dio información ni ayuda; en su caso la omisión era más grave por el cargo que había ocupado, era de esperar que le hubieran protegido. Como portavoz de su grupo parlamentario, concluyó, defendió lo mismo que los manifestantes.

En el video 7 vemos como avanza rápido protegido por un policía municipal que con la defensa en las manos retira a una mujer joven que se intenta acercar; al final el diputado salta entre dos coches policiales. La grabación dura 10 segundos. El vídeo 8, de 2 minutos 41 segundos, demuestra la progresión del diputado entre un grupo de personas que le siguen, le interpelan, en algún momento llega a dar unos pasos a la carrera, hasta que es protegido por varias personas, no identificadas, que se encargaron de apartar a quienes le seguían. Hay empujones entre las personas que le siguen, un joven con barba y gorra de visera es apartado por uno de los que protegen las espaldas al diputado. Se ven cámaras y fotógrafos por todo el trayecto.

El anexo 7 contiene diversos planos recogidos de la filmación. La persona que se señala con el número 16 en el fotoprinter 7.1 es una mujer joven, interpela a Boada, incluso su mano derecha avanza sobre el diputado, que sigue su camino protegido por agentes de la Guardia Urbana. Sin embargo, en el fotograma siguiente se anota como 16 a una mujer joven, pero vista desde otro ángulo. No se justifica la razón de esa asociación, cuando hay notables diferencias entre las dos personas, pues la segunda lleva en el cuello un pañuelo negro, quizá un jersey, no así la primera (el dato del color de las pulseras que la figura lleva en las dos muñecas nada dice, ya que las fotos representan miembros diferentes del

cuerpo, en la primera el brazo derecho, en las otras el izquierdo). Las imágenes proceden de grabaciones distintas, y no sabemos si reproducen la misma escena. No puede aceptarse que sea la misma mujer.

La pericia fisonómica tampoco nos sirve de ayuda, porque las fotos dubitadas que se utilizan no han sido extraídas de las dos grabaciones de los hechos que hemos visto; su origen es desconocido, tampoco se dice lugar y momento de la toma (p. 1412). En cualquier caso, resulta que entre las coincidencias que se relacionan no se menciona que la acusada Sra. Pi i Morera tenga un tatuaje en el brazo izquierdo, marca que porta ostensiblemente, y así se indica, la mujer que se encuentra junto al diputado -a la que se atribuye que le hubiera obstruido el paso y cogerle del brazo para impedirle que avanzara. Ese dato permite desvincular a la acusada del hecho.

El protagonista 42 vuelve a aparecer en escena: se le ve en la grabación en el momento en que una de las personas que acompañan al diputado -dijo que, posiblemente, era un policía (Boada era conocido por haber sido el segundo cargo del departamento de interior en el gobierno tripartito)- le empuja y aparta de la trayectoria del diputado. En la filmación no se le ve realizar acción alguna, recibe el empujón y se le ve enfadado, pero no reacciona y queda en el lugar, mientras que Boada sigue. Lógico pensar, que se hallaba en el camino, pero la decisión de desalojarle no nos permite afirmar con las acusaciones que "persiguió, bloqueó, acometió y empujó al parlamentario". Por lo tanto, no es necesario detenernos en su identificación. La imputación no se ha acreditado, lo que determina su absolución.

#### 1.2.5.- Hechos 4 y 6. Diputados Sr. Figueres Alba y López i Tena.

Las acusaciones sostienen que se les impidió entrar al Parlament, siendo objeto de escupitajos y empujones. El diputado Sr. Figueres narró que dejó el coche en un aparcamiento del centro y se dirigió andando hacia la puerta 7, a la entrada del parque un grupo de personas le impidió el paso por ello buscó otro camino. Eran unas cien personas, hubo contacto físico, le escupieron e insultaron. Se encontró con López i Tena, los abucheos se incrementaron, derramaron líquidos y comida, hubo patadas y golpes, le arrebataron un bolso personal. Pidió ayuda a una patrulla de la Guardia urbana quienes le trasladaron a la estación del Norte, después le llevaron al Parlament por el acceso desde el zoológico. Llegó treinta o cuarenta y cinco minutos tarde. Sintió miedo y que le trataban de coaccionar.

El Sr. López i Tena fue en taxi hasta el Arco del Triunfo, el paso en auto estaba cortado por la policía en ese punto. Continuó a pie hacia el parque, donde se hallaba la única puerta que se había dejado abierta. Se encontró con Figueres, se les aproximó un grupo de gente, les lanzaron agua y les pusieron zancadillas, aunque no les empujaron, intentaban bloquearles para que no siguieran en dirección al parlamento, haciendo una barrera humana, si cambiaban de rumbo hacia la calle Buenaventura Muñoz, entonces, no les obstruían. Llevaba una carpeta de color azul con papeles del orden del día que le quitaron, así como un paquete de tabaco, un encendedor y unas llaves. Había manifestantes que recriminaban a quienes arrojaban cosas, que no les podían causar lesiones, ya que era agua u otros líquidos lo que derramaban; no le lanzaron escupitajos. Dijo que ni temió por su integridad ni tuvo miedo. Y que no le pusieron la mano encima ni le agredieron físicamente. Trasladó su opinión sobre el conflicto: se cerraron todas las puertas, salvo una, no por decisión de los manifestantes sino a causa del dispositivo policial, y solo se podía entrar a pie, así se la entrada se convirtió en una ratonera.

Se le mostró a López i Tena el video 14, del bloque 6, de 10 segundos de duración: dijo que se trataba de una chica con gorra de béisbol que intentaba acercarse a él y la apartó, siguiendo su camino. En aquel momento portaba la carpeta e iba solo. Las fotos del anexo 13 están obtenidas de esa filmación. El vídeo 13 tiene una duración de 3 minutos y 2 segundos: dijo el testigo que se correspondía con los sucesos en el carrer Marina, cuando caminaba solo en dirección contraria al Parlament, la gente chillaba y levantaba los brazos. En un momento cogió su teléfono y llamó, siguió andando (los periodistas le rodeaban, según apreciamos en la grabación, en todo momento; la secuencia concluye con la llegada de un agente de policía que toma del brazo al diputado y le lleva). Sobre las imágenes de algunos periódicos, reconoció la de portada del diario Levante, en la que aparece junto al acusado Sr. Cobos García, que es uno de las que le impidió seguir hacia el Parlament (p. 581). En las imágenes 11.7 y 11.8 el testigo observó a una persona (señalada como 4) que fue quien le derramo líquido sobre la chaqueta, pero como ocurrió desde la parte posterior no le vio en el momento.

Se le exhibieron al diputado Sr. Figueres varias fotografías del anexo 1, del Bloque 4 (siempre según el índice de la policía, se trata de un recopilatorio cuyo origen no se precisa), donde se reconoció. En la foto 3, dijo, se refleja a una chica que los insultaba (que en la instantánea se dirige a López i Tena, ya que el Sr. Figueres se encuentra de espaldas a la mujer), en la 8 aparecía el momento en que le escupieron, cree que fue la persona que tenía delante, pero no se fijó en las caras (esta persona, con barba y una

zona del cráneo sin cabello, que se parece al acusado Sr. Cobos García, se limita a estirar los brazos para impedirles el paso).

Las acusaciones fundan la imputación subjetiva en esas imágenes.

En concreto se dice que en las fotos 2 a 4, de dicho anexo 1 del bloque 4, aparece la persona número 6 (a quien se identifica como la acusada Sra. Calderón Becerra), a quien se atribuye haber agredido al diputado Sr. Figueres con empujones y haberle proferido insultos. Lo cierto es que esta joven mujer, según observamos en las fotos, en ningún momento se dirige al diputado Figueres Alba. Además, en las tres fotos no aparece de frente, ni siquiera de perfil completo, resultando difícil el reconocimiento de la misma por la escasez de detalles. El testigo dijo que no se quedó con las caras, aunque en su reconstrucción del suceso a partir de las instantáneas que representan fragmentos del conflicto, consideraba que esta persona era una chica que los insultaba. Por lo tanto, la imputación de haber empujado al diputado Figueres no se sustenta en dato alguno. También se acusa a la Sra. Calderón de haber golpeado e increpado al otro diputado; las imágenes son confusas, el propio Sr. López i Tena negó que le hubieran agredido, incluso que alguien le hubiera puesto las manos encima. Las fotos son, en parte, las mismas ya analizadas respecto al otro diputado. En la 11.25 se la ve hablando, mientras numerosos reporteros gráficos captan la escena. Desde luego, no se ha acreditado que hubiera empujado o golpeado al diputado, tampoco hay información rigurosa de que le hubiera insultado o increpado, ya que el testigo vio las fotos y no lo expresó. El informe fisonómico no nos sirve de guía para identificar a esta persona, ya que los expertos se sirven de dos imágenes que nada tienen que ver con los hechos, cuyo origen, momento y lugar desconocemos (p.1615). La falta de datos sustenta su absolución.

También sostienen las acusaciones que la figura 9 (Sr. Cobos García) escupió y cerró el paso al Sr. Figueres. Lo primero fue afirmado por el testigo y no se corresponde con la única imagen que se nos ofrece, en la que aparece con los brazos abiertos casi en contacto con los dos diputados (p. 556). En la secuencia del vídeo 13 aparece detrás del diputado Sr. López i Tena, con los brazos en alto, siguiéndole; el testigo dijo que era la persona que con mayor insistencia le había obstaculizado el paso. El informe fisonómico parte de dos imágenes dubitadas en las que aparece el acusado Sr. Cobos, cerca del diputado Sr. López i Tena, que no constan en el anexo 1 del bloque 4 exhibido en el juicio (p. 1385). No obstante, la similitud del personaje 9 con el acusado es muy notoria, algo que puede apreciarse en las numerosas imágenes en que surge en la causa (ver la portada del diario Levante, ya citada). La conclusión es que se hallaba en el

paso de los diputados con los brazos en cruz, para obstaculizar su paso, y que siguió a López i Tena cuando se alejaba del camino que llevaba al Parlament.

La mujer señalada con el número 1, siempre según la hipótesis acusatoria, habría participado activamente en el grupo de personas que impidieron a los diputados el paso. En la foto 7, documento que sustentaría la imputación, aparece la mujer (nominada como la acusada Sra. Borge) detrás del diputado, al que se adivina en el cuadro ya que es ocultado por otras personas, pero no realiza gesto alguno. Vemos solo su rostro, parece estar parada (p. 555). La instantánea no puede acreditar esa hipótesis. En el caso del Sr. López i Tena se dice que arremetió contra él, le empujó en tres ocasiones, y le insultó. Algo que no coincide con el relato del propio testigo, como hemos anotado, quien relató que como la mujer se le aproximaba, la apartó, pero que ella no le puso las manos encima: Por lo que no podemos afirmar el hecho, máxime cuando la filmación era confusa y el suceso muy rápido (las fotos obtenidas de esta fuente tampoco permiten esclarecer si se produjo la agresión que el diputado niega). El estudio fisonómico también aquí utiliza dos imágenes ajenas al hecho, en las que se ve a una persona que se parece a la acusada paseando por una calzada, con las manos en los bolsillos, alrededor de mucha gente (p. 2547 y 2553); ignoramos la ubicación y data de la instantánea. En cualquier caso ni fue señalada por los testigos ni en la imagen, si fuese ella la que resulta retratada, acomete las acciones que se le atribuyen; los hechos carecen de prueba. Procede su absolución.

El protagonista 7, según las acusaciones el Sr. Vinci, con su codo golpeó al Sr. Figueres. En la única imagen que se ofrece estando juntos, el diputado se encuentra detrás de él, que no le presta atención, pues el sujeto 7 habla con López i Tena (p. 557). No hay gestualidad de su parte que permita afirmar que hubiera golpeado con el codo a quien tenía detrás, entre otras cosas porque tiene el brazo doblado, sí, pero la mano adelante y arriba, en señal de acompañamiento del diálogo. En otras imágenes se encuentra en la misma posición, frente a López i Tena; en la 11.20 parece que tiene el antebrazo derecho delante de su cuerpo, cerca de este último diputado; pero para interpretar las imágenes no podemos desentendernos del relato del testigo, quien dejó claro que no le pusieron las manos encima ni le golpearon. Las instantáneas son insuficientes. El estudio fisonómico le identifica como el acusado Vinci, estudiando como imagen dubitada esta misma (p. 1678). No se ha acreditado la hipótesis acusatoria, procede la absolución.

El protagonista 46 (las acusaciones señalan al imputado Sr. Dolz García) es quién habría registrado imágenes de video con una cámara, cuyo destino se desconoce, e impidió a los diputados seguir su camino. Una instantánea que le retrata, número 9 (anexo 1, bloque 4), le reflejaría con una cámara sobre el hombro, que maneja con la mano derecha, mientras observa la escena, donde se encuentran los dos parlamentarios. En el fotoprinter 13.6 aparece en cuadro con el aparato de vídeo enfocando al diputado López i Tena. No realiza gesto alguno, mientras que las personas de su entorno levantan los brazos. A partir de esas imágenes, no se puede sostener que el sujeto 46 hubiera realizado actos de obstrucción sobre los diputados. Por cierto, ninguno de los dos testigos le mencionó. López i Tena fue preguntado por las defensas, no se había dado cuenta de que le grababa, en un primer momento, un reportero con camiseta naranja, en quien reparó al ver el vídeo, y dijo que los periodistas aparecieron después y que no le ayudaron, aunque algunos le conocían. Que el acusado estuviera integrado en el grupo de gente no aporta elemento de incriminación, porque vemos en las fotos y secuencias filmadas del suceso que los reporteros gráficos se entremezclaban con los manifestantes, única manera de realizar su trabajo. No hay prueba del hecho.

La persona señalada como 2 (las acusaciones le identifican con el acusado Sr. Villanueva Mena) habría arremetido, empujado, agredido e introducido la mano en el bolsillo de la americana del Sr. López i Tena, para impedirle seguir hacia el Parlament. En las imágenes 11.3, 11.5, 11.6, 11.13 y 11.14 gesticula alrededor del diputado. No se puede afirmar a partir de ellas que en algún momento agrediera al parlamentario, lo que es contrario a la propia versión del suceso que ofreció el testigo. Parece que se interpone en su trayectoria y que trata de sujetarle (fotos 13 y 14), aunque estas instantáneas no acrediten que hubiera introducido su mano en un bolsillo de la chaqueta del diputado. Respecto a su vinculación con el acusado Villanueva, hemos de advertir que en las fotos no se aprecian con nitidez sus rasgos, salvo los contornos del rostro; además, lleva una gorra con visera y siempre está en movimiento, no hay una imagen precisa de su rostro, salvo en la 11.11 (ampliada en el estudio fisonómico, p. 1475). Hay gran parecido entre el acusado y la persona que aparece en dicha imagen, identificación que no podemos apoyar en la opinión de los peritos, que trabajaron con dos instantáneas que no se corresponden con el suceso en que intervinieron los dos diputados.

La joven anotada como 3, que las acusaciones consideran es la Sra. Durán Gurnsey, habría arremetido, agredido y chillado al Sr. López i Tena, también le habría arrebatado los papeles que llevaba en sus manos. En la foto 11.3 estaría situada a unos cinco metros delante del diputado, no

gesticula; en la 11.4 y la 11.5 levanta las manos, siempre a distancia del parlamentario; en la 11.14 se halla detrás de los parlamentarios y a distancia de ellos, solo se le ve un fragmento de cabeza. Estaba allí, pero no se puede dar por probada la hipótesis acusatoria, que, además, es contraria a la narración del testigo, que ha de servir de guión en la lectura de las imágenes. Lo que determina su absolución. Los fisonomistas de la policía autónoma ponen nombre a esta persona, para ello estudian dos imágenes, una de ellas de la secuencia de los hechos y sus conclusiones parecen plausibles, ya que el parecido es notable (p. 1581).

El número 4 (para las acusaciones el Sr. Antolino Ibáñez) habría arremetido, empujado y sustraído la documentación al Sr. López i Tena. En las fotografías aparece siempre detrás y a distancia del diputado; es cierto que en la 11.16 lleva unos papeles enrollados entre las manos, lo que sorprende porque en la instantánea inmediatamente anterior, la 11.15, no los porta. Tampoco se puede apreciar en qué momento fue despojado el parlamentario de esas hojas. Puede ser como sostiene la acusación pública, pero hay una duda. ¿Pudo el diputado perder dichos documentos en aquel contexto de tensión y recogerlas el personaje que le seguía? Las imágenes estudiadas por los expertos policiales no se corresponden con el hecho analizado, proceden de otros momentos y lugares, que no se indican, por lo que no sirve de auxilio (p. 2527). Además, hay una notable diferencia entre el acusado y la persona que aparece en la escena de los hechos cerca del diputado Sr. López i Tena. No se puede afirmar aquí la hipótesis de la intervención del Sr. Antolino en el hecho, lo que desencadena su absolución.

El individuo marcado como 5 (según las acusaciones el Sr. Peiró Tura) habría increpado a los diputados y arrojado algún líquido sobre la espalda del Sr. López i Tena. Hay dos instantáneas sobre aquel suceso, que el testigo solo conoció cuando vio las imágenes en el juicio: la 11.7 y la 11.8 ponen de manifiesto a un joven, moreno, que viste de negro y sujeta una botella en la mano, botella que después ha echado hacia adelante. Los peritos trabajaron sobre dos fotografías, una ajena al hecho, la otra se corresponde con el suceso que nos ocupa, pero es de muy baja calidad, la ampliación no deja estudiar los detalles, que se difuminan (p. 1454). Hay un parecido con el acusado, pero no es suficiente para afirmar la hipótesis con rigor.

La mujer nominada como 8 (la Sra. Bergillos Alguacil, según las acusaciones) empujó por la espalda al diputado, le chilló e insultó, según el acta de acusación. En tres fotos, 11.23, 11.25 y 11.26, se la ve detrás del parlamentario, siempre con los brazos arriba y las manos abiertas, junto a

otras personas en la misma actitud, al tiempo que grita alguna consigna. No hay dato de que empujara o insultara al Sr. López i Tena. El testigo vio las fotos y no señaló a esta persona, además conviene recordar que negó haber sido agredido físicamente. La identificación fisonómica que hicieron los agentes resulta razonable, dado el parecido de las imágenes indubitadas de la acusada con las de la persona que aparece en las fotos cerca del diputado.

#### 1.2.6.- Hecho 4: diputados Sr. Llop i Rigol y Sr. Turull i Negre.

Las acusaciones sostienen que fueron interceptados por un grupo de unos cuatrocientos manifestantes que les increparon y acorralaron para que no pudieran entrar, entre ellos estaba el acusado Sr. Raymond Parra que desplegó una pancarta y gritaba que no les dejaran pasar.

El diputado Sr. Llop i Rigol (del grupo parlamentario de Ciu) viajaba en un coche del Parlament, como no pudieron pasar llamó a su compañero de grupo el Sr. Turull i Negre, quien se hallaba en el Parlament y salió a buscarle. El Sr. Llop es invidente, caminaba con su perro guía y se cogió del brazo de su compañero, les acompañaba el conductor y una secretaria llamada Sara. Se adentraron en el tumulto y se generaron los problemas - seguimos sus palabras-; fueron rodeados por unas quinientas personas, les decían que ellos tenían la culpa de los recortes, que eran unos hijos de puta convergentes, se vieron acorralados en un portal o una tienda, notó que alguien tiraba del arnés de su perro guía y le dio un empujón a la persona que creía lo había hecho. Turull dijo en ese momento: nos damos la vuelta, cuando la gente vio que desistían de entrar les ayudaron a marcharse con empujones. En el coche del President de la Generalitat entró al Parlament, llegó al hemiciclo hacia las 10.20 h.

El Sr. Turull i Negre (diputado y portavoz del grupo parlamentario de Convergencia i Unió) llegó al Parlament hacia las 8.30 h., había accedido por el Parc de la Ciutadella sin problemas. Estaba pendiente de dos compañeros que le preocupaban, uno que estaba en silla de ruedas, el otro porque era invidente. Llamó a Llop y le dijo que salía a buscarle. Cuando les identificaron como diputados, la gente les cercó en la entrada de un garaje, hubo un momento de tensión, intentaron tirar del perro de Llop, por lo que se marcharon del lugar con otras dos diputadas que se les unieron. Luego, él montó en el coche de la Presidenta del Parlament, como tampoco pudieron llegar, fueron a la Comisaría de la calle Bolivia y les trasladaron en helicóptero.

Se exhibió la grabación del vídeo 11 (bloque 5, de 29 segundos de duración): en ella se ve a los dos diputados junto a sus dos acompañantes, dos personas, parecen varones, están delante de ellos, dentro de cuadro; la imagen de uno está difuminada -no se puede apreciar detalle alguno, aunque parece que lleva una bandera de color roja y negra-, al otro se le ve por la espalda, lleva el pelo recogido en una coleta. Discuten entre ellos; uno dice que formen una barrera, que son diputados, que si no entran no votan, que están allí para eso, otro -parece voz de mujer- dice que hay que hablar, los diputados deciden dar la vuelta y abandonan la escena.

Cabe reseñar que no se aprecia que los diputados fueran acorralados, ni que estuvieran en la puerta de un garaje, ya que estaban separados de las fachadas más próximas. Las personas que se interpusieron a su paso, discutieron entre ellos qué hacer. Los diputados y sus acompañantes, con buen criterio, se retiraron y no intentaron seguir su camino. Desde luego, no se hallaban en un portal ni en un garaje, como dijeron los testigos, luego la secuencia que ellos relataron no se corresponde con la grabación.

La identificación de la persona cuya figura está difuminada se realiza a partir de su presencia en otras imágenes con una pancarta roja y negra que el testigo Sr. Turull i Negre afirma que era idéntica a la que portaba el sospechoso que trataba de convencer a los manifestantes de que les impidieran el paso. Dijo el testigo que los mossos le enseñaron fotos de Youtube e identificó al individuo (reconocimiento que consta en el atestado, aunque en el juicio no se le mostraron las fotos al testigo). Se ve a una persona en los fotoprinter 7 a 14, en dos escenas diferentes a la que nos ocupa (se dice en el atestado que ha sido bajado de la página web de Youtube, ver anexo 1 del bloque 5 y p. 298 para el atestado). La conjetura policial que asocia las imágenes del suceso con las de otros momentos del conflicto para señalar al personaje 44 es razonable, pudiera tratarse de la misma persona (señalada como el acusado Sr. Raymond Parra).

La identificación de Raymond se hizo sobre las imágenes sacadas de los vídeos (p. 1426 y siguientes). Es el acusado. Atendiendo a la filmación y a los dos testimonios, podemos afirmar que el acusado se confrontó con ellos y pidió a los manifestantes que hicieran una barrera para impedirles el paso a los diputados, porque, sostenía, ese era el objetivo de la manifestación; otros manifestantes se opusieron y le respondieron que solo había que hablar con ellos.

#### 1.2.7.- Hecho 5. Sr. Maragall i Mira.

Las acusaciones sostienen que el diputado fue rodeado, increpado y bloqueado, destacando el Sr. Morales Rodríguez que le habría gritado a escasos centímetros, dejándole perplejo y desorientado, hasta que fue protegido por dos policías. El acusado Sr. Cano Santana fue otro de los que le bloqueó el paso, le empujó e increpó, evitando que pudiera moverse.

El Sr. Maragall declaró: iba por el carrer Naples en dirección a Ciutadella donde había una manifestación de ciudadanos, seguí caminando entre ellos, algunos se pusieron como obstáculo físico, trataban de convencerme de que no entrara para que no votásemos los presupuestos; gritaban, duró unos segundos, estaban los mossos para acompañarme en el camino y que pudiera atravesar sin problemas. Aunque nos hallábamos muy juntos, no fui agredido. Llegué antes de que comenzara la sesión plenaria. Añadió, que se trataba de un conflicto entre el rol de las instituciones y la ciudadanía, y que aquel día fue objeto de una presión -que calificó de legítima- para obtener de su parte una determinada conducta; los manifestantes trataban de que no entraran al parlamento, pero no transgredieron las líneas rojas de la protesta, ya que solo había brazos levantados.

Se exhibió el vídeo 16 (bloque 7, que dura 29 segundos): se ve a Maragall rodeado literalmente de personas con los brazos en alto y las manos abiertas; los manifestantes corean consignas. En el segundo 21 aparecen varios mossos d'esquadra que le arrojan y acompañan hasta superar el cordón policial. El testigo reconoció esa grabación.

En un anexo (14, del mismo bloque) se acompañaban diversas imágenes en las que los investigadores policiales señalaban a dos personas como 13 y 14, entre el grupo de manifestantes que rodeaban al parlamentario.

El relato del testigo permite descartar -junto al visionado de la grabación- que fuera agredido o empujado; el Sr. Maragall dijo con claridad que no había sido golpeado y que los manifestantes iban con las manos abiertas y los brazos extendidos hacia arriba. No hay en las imágenes aisladas por los policías encargados de la investigación sustento de las imputaciones, más allá de que los dos personajes 13 y 14 estuvieran allí, entre los manifestantes.

El sospechoso 13 está retratado con cierta precisión en las imágenes fijas ampliadas que se acompañan con el atestado. Los peritos identifican al Sr. Morales Rodríguez (p. 1594), una conclusión que nos parece plausible

por el parecido con el acusado. En las fotos se le ve gritando detrás del diputado.

Respecto al sospechoso 14 solo aparece de modo fragmentario en dos fotos: resulta francamente insuficiente para hacer una comparación fisonómica, porque el margen de error es elevadísimo. Creemos que no se puede seguir el criterio de los expertos policiales, que, además, le identifican en secuencias distintas de la que nos ocupa (en la que se ve al Sr. López i Tena).

#### 1.2.8.- Hecho 6. Sra. Marcos i Vilar.

Las acusaciones sostienen que la diputada Sra. Marcos i Vilar fue rodeada por un grupo de personas que le dijeron que no iba a entrar y derramaron un líquido por encima, momento en que el Sr. Dolz García la habría tomado del brazo y dicho que ahora tocaba una sesión fotográfica, haciéndole fotos y grabando con su cámara durante dos minutos. El miedo que pasó le provocó a la diputada un ataque de ansiedad por lo que recibió una primera asistencia médica con tratamiento farmacológico de ansiolíticos, además de no poder asistir a la sesión parlamentaria.

La Sra. Marcos i Vilar declaró que iba a entrar caminando al Parlament, siguiendo las instrucciones que les habían dado, cuando al doblar la Meridiana vieron a manifestantes que venían hacia ellas; la acompañaban dos diputadas, que salieron corriendo en ese momento. Estaban en actitud agresiva, lanzaban insultos, amenazas y objetos al aire, como bolsas de plástico, botellas y una sustancia líquida que la alcanzó y manchó. Cuando notó que la agarraban del brazo, ya no intentó andar, sintió miedo, una persona con cámara fotográfica dijo ahora toca sesión fotográfica, hizo fotos; estaba a un metro o metro y medio de ella. Sentía miedo por la persona que la agarraba y con un gesto de su cara pedía ayuda al fotógrafo, que no reaccionó. Cuando la soltó siguió su marcha, regresando por la misma calle. Se encontró con sus compañeras, la policía las llevó en coche y entraron por la puerta del Zoo. No entró al hemiciclo porque le hicieron tres electrocardiogramas en el día, durante seis meses estuvo con miedo. Al principio pensó que el fotógrafo era de la prensa, pero luego recapacitó que era imposible que viendo su cara de desesperación no le hubiera ayudado. Sobre la identificación reconoció al fotógrafo en las imágenes que la policía le exhibió, porque llevaba camiseta y un brazalete de color naranja.

No hay constancia documental alguna del suceso, ni otros testimonios. El acusado se acogió a su derecho a no declarar. Las imágenes que le fueron exhibidas son del acusado Sr. Dolz García durante aquella jornada, mientras grababa con su cámara otras escenas. Luego se trata de un reconocimiento fotográfico, en el que el testigo se confronta única y exclusivamente con instantáneas del sospechoso, por lo tanto, sin respetar los criterios que para la identificación en rueda señala la ley: pluralidad de personas, que sean de similares características. No se ha observado regla alguna en la diligencia de identificación. Ignoramos si había más reporteros fotográficos con distintivos o prendas naranjas (color que les distingue). En esas condiciones, el testimonio visual resulta insuficiente para sustentar con rigor la identidad del denunciado. Por lo demás, el acusado aparecía en todas las imágenes que le representan aquella jornada, en diferentes espacios de la protesta, grabando con su aparato de vídeo y en compañía de otros reporteros.

Pero es más, el relato de la testigo no solo carece de elementos de corroboración, resulta bien impreciso en cuanto a la intervención del acusado. Porque los actos del denunciado no fueron inequívocos: su presentación y sus gestos se corresponden con los de un cámara o reportero gráfico. La testigo sospechó de él posteriormente, cuando evocó el suceso, dijo, ofendida porque no le había prestado ayuda alguna y bajo el fuerte impacto que le produjo el suceso. Lo que expresa la tensión que vivió en el momento, un dato que puede conllevar una baja capacidad de observación en el testigo, como demuestra que no supiera discernir si portaba una cámara de fotos o de vídeo, algo que para nosotros resulta muy evidente al mirar las fotos. La ausencia de información al respecto, cuando señala que la retrató durante dos minutos, es un elemento que añade incertidumbre.

Que el acusado, siempre con la cámara en ristre, hubiera intervenido en algún acto de presión o coacción es una conjetura que no podemos dar por acreditada más allá de toda duda.

En la causa consta el informe del médico forense: el diagnóstico fue de crisis de ansiedad con mejoría el mismo día, precisó de una primera asistencia con tratamiento farmacológico (añadió que la crisis de ansiedad suele durar de unos minutos a unas horas, lo que no podía precisar en el caso ya que no se le había acreditado la evolución del episodio; p. 2444).

#### 1.2.9.- Hecho 7: Sr. Milá i Solsona.

Sostienen las acusaciones que el diputado fue empujado y objeto de intentos de bloqueo físico, impidiéndole el paso. La Sra. Calderón Becerra le habría cortado el camino y la Sra. Pi i Morera le habría cogido del brazo y dado un empujón.

El diputado relató en el juicio: accedí a pie junto a otros diputados, me encontré con personas que me interpelaban sobre los presupuestos, me dijeron que eran antisociales y que no se debían aprobar, les comenté que iba a votar en contra y que, en esa medida, representaría sus opiniones. No tuve ninguna incidencia ni física ni moral. Hablé, cerca de la puerta de Almogavers, con una chica y un chico, durante un minuto o algo más, sabían que yo había sido conseller; la policía estaba en la puerta. Había gente que se dirigía a los diputados, pero no observé ningún tipo de agresión o maltrato. La entrada al parque, no era un secreto, solo se podía hacer por la puerta 7. Pasaron a nuestro lado otros diputados, dependía de lo conocido que fueras para que tardaras más en llegar.

Se le exhibieron las fotos del anexo 16 (bloque 9), que reconoció, en las que estaba de espaldas. Para interpretar esas imágenes no podemos desentendernos del relato del testigo, como proponen las acusaciones. Es más, las fotografías que aparecen en el anexo 16 han sido seleccionadas -el problema que plantean fotos extraídas de una filmación y la propia elección del plano, que es un trabajo de creación, por lo tanto de manipulación de la realidad- con criterios incriminatorios. Si se buscan en el recopilatorio fotográfico del mismo bloque otras instantáneas, la foto 16.8 adquiere otro sentido; porque aisladamente parece que la mujer señalada con el número 16 estuviera poniendo la mano en el brazo izquierdo del diputado, sin embargo, en la imagen 9891.JPG -sería un plano inmediato posterior- se aprecia que el diputado ya se ha marchado y que el gesto de la joven no supone un contacto físico con el diputado Milá, porque la distancia a la que se encuentran lo hace imposible. Las imágenes permiten observar la confrontación entre el diputado y varios manifestantes, y cómo aquel puede avanzar y seguir su camino a voluntad.

Por lo tanto, la hipótesis acusatoria carece de sustento probatorio.

Se identifica a la persona 6 con la Sra. Calderón Becerra (p. 1615): una conclusión plausible. En las fotos se la ve en el lugar, cerca del diputado, le atiende, pero no se interpone, siquiera, en su camino. La sospechosa 16 -a la que nos hemos referido en el análisis integrado de las fotos- se identifica como la Sra. Pi i Morera (informe fisonómico p. 1406), conclusión que consideramos correcta en la comparación de imágenes.

### 1.2.10.- Hecho 8: Diputado Sr. Vila i Vicente.

Según las acusaciones, hacia las 9.25 h. el diputado Sr. Vila i Vicente caminaba hacia el Parlament por la única puerta practicable cuando un grupo de manifestantes le intentaron impedir que asistiera a la sesión, gritando “es un diputado, que no pase”. Señalan que los acusados Sra. Álvarez Juan, Sr. Molina Marín y Sr. Munter Domec formaron una barrera al grito de “ningú ens representa”, llegando a gritarle, escupirle y empujarle, hasta que unos policías le protegieron.

El Sr. Vila i Vicente, era alcalde de Figueres y diputado. Había recibido instrucciones de que entrara por la puerta de la calle Wellington y, aconsejado por un guardia, se quitó la corbata del cuello. No tuvo problemas hasta que lo reconocieron; no sufrió agresión física, pero le insultaron, escupieron y arrojaron agua. Los mossos y una funcionaria le ayudaron a entrar. Concluyó, después de ver las grabaciones, que no sufrió daños psíquicos ni le amenazaron, aunque recibió insultos. La calle Wellington, por la que tuvo que pasar, es muy larga, dijo, y se vio obligado a dialogar en varios momentos con los manifestantes para que le dejaran pasar.

Las grabaciones 13 y 20 (bloque 10) tienen una duración de 2,52 y 2,38 minutos. En la primera, el diputado se encuentra con un grupo de jóvenes manifestantes, se dirigen a él y corean consignas. El Sr. Vila i Vicente dialoga con ellos, o lo intenta; después se queda quieto, hasta que varios agentes de policía se le aproximan, le rodean y le acompañan, mientras algunos manifestantes se sientan en la calzada. En el segundo vemos la misma imagen, desde otra perspectiva, los jóvenes que se interponen en el camino del diputado le dicen que no les representa, los agentes, en número de cinco, se personan en el lugar y abren paso al diputado.

Lo primero que destaca del relato del testigo y de las filmaciones es que en ningún momento fue agredido, ni siquiera empujado; quizá derramaron agua sobre su cuerpo, pero no se ve en las imágenes. Los manifestantes, sin que alguna persona tenga protagonismo, expresaron las leyendas de la convocatoria: no nos representa señor diputado.

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.

Las acusaciones sostienen que la mujer 21 es la Sra. Álvarez Juan, algo que parece razonable (p.1553, para el informe fisonómico, de cuyas impresiones nos servimos). En las imágenes la Sra. Álvarez Juan no llega siquiera a confrontarse con el parlamentario, aunque está allí. Al personaje 42 se le identifica como el Sr. Molina Marín, que ha aparecido en otros pasajes, pero aquí se le ve alejado del diputado, sin que realice gesto alguno que pueda ser interpretado (p. 1510, informe fisonómico). El joven señalado con el número 43 se ve en varias fotos siempre a distancia del diputado, ni siquiera le observa, no le increpa (es identificado como el Sr. Munter Domec, informe al folio 1538, conclusión que podemos compartir).

El testigo vio las fotos y no indicó que alguno de ellos le hubiera insultado, interceptado o derramado agua. La hipótesis acusatoria no se ha acreditado respecto a ellos tres.

## 2.- Derecho aplicable.

2.1.- Conductas relacionadas con el derecho de reunión y manifestación. Determinación previa del contenido protegido constitucionalmente.

El Fiscal considera que los acusados cometieron un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 Cp en concurso ideal con otro de atentado agravado del los art. 550 y 551.2 Cp (además de una falta de daños). La Generalitat y el Parlament de Catalunya calificaron los hechos como delito contra las Instituciones del Estado y Sindicato Manos Limpias añadió, además de los dos ya citados, el de asociación ilícita del art. 515.1 Cp.

En la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el art. 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, y la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, la que determina la potestad de configuración del legislador y el ámbito de aplicación judicial. Porque la dignidad de la persona y los derechos fundamentales imprescindibles para garantizarla son un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes (*STc 236/2007*, Fj 3, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de derechos y libertades de los extranjeros). El principio de indemnidad garantiza que la “utilización de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción” (*STc 11/1981*, Fj 22). De ahí que, de modo necesario, antes de cualquier consideración acerca de si hubo extralimitación en el ejercicio del derecho, hay que “analizar si la conducta objeto de sanción puede encuadrarse en el ámbito propio del derecho fundamental invocado, lo que exige situar el primer análisis no en el ámbito de los límites externos al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido” (*STc 124/2005*, Fj 3). Porque la dimensión objetiva del derecho fundamental y su carácter de elemento esencial del orden jurídico obliga a los poderes públicos a tener en cuenta su contenido constitucional, para impedir reacciones que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado, o que disuadan o desalienten su ejercicio (*STc 185/2003*, Fj 5). Por lo tanto, el tribunal debe atender con carácter prioritario al contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Según la ley 9/1983 la reunión es la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con una finalidad determinada. La doctrina constitucional ha definido los rasgos esenciales del derecho de reunión pacífica y sin armas: debe entenderse como una manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejercita mediante la asociación transitoria de personas, para la exposición e intercambio de ideas y opiniones, la defensa de intereses o la difusión de problemas y reivindicaciones (se cita como referencia la *STc 66/1995*, Fj 3, cuya argumentación se reproduce en numerosas sentencias sobre la materia). Es por ello que, aún derecho autónomo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo, tiene una íntima conexión con los derechos de libertad de expresión y de asociación (*STc 85/1988*, Fj 2). Desde otra perspectiva ha de tenerse en cuenta que la reunión y la asociación son formas esenciales de la subjetividad colectiva de participación, ya que su ejercicio solo es posible simultáneamente con otras personas, como el derecho de voto o de huelga.

La vinculación del derecho de reunión con la libertad de expresión significa reforzar su consideración como cauce del principio democrático participativo, inscrito en lo que se ha denominado el núcleo duro del sistema democrático, en términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos cuando aborda el libre juego del debate político, el corazón de la noción de sociedad democrática (*STEdh Castells contra España*, de 23.4.1992). “El principio del pluralismo político se encuentra fuertemente vinculado con el derecho de libertad de expresión del que, como ya hemos puesto de relieve, es manifestación colectiva el derecho de reunión, siendo éste, al igual que la mencionada libertad, un derecho que coadyuva a la formación y existencia de una institución política, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político (...) de forma tal que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, como lo son precisamente los derechos de participación política de los ciudadanos (...) sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (*STc 170/2008*, Fj 4). Razones que avalan la actualización del principio de favorecimiento del derecho cuando la conducta se encuentra en el espacio del contenido objetivo constitucionalmente protegido: “debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aún en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino por la necesidad de su previo ejercicio para una configuración de la misma libre y sólida, base indispensable para el ejercicio de los mencionados derechos” (citada, *STc 170/2008*).

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 cláusula de remoción del art. 9.2 de la Constitución -que compromete a los poderes públicos a la promoción efectiva de la libertad e igualdad de todos los individuos y de los grupos, a la remoción de los obstáculos y la facilitación de la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social- insta al intérprete a tener en cuenta esa circunstancia. Un dato aquí, el del origen y titularidad de las voces discrepantes, que consideramos importante.

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.

Los elementos que configuran el derecho de reunión pacífica y sin armas, según la doctrina constitucional, son: uno subjetivo, representado por la agrupación de personas, otro temporal, la duración transitoria de ese encuentro y actuación coral, un tercero finalístico, que conlleva la licitud del fin de la acción colectiva, es decir, la comunicación o difusión pública de mensajes y de conflictos, y, cuarto, el objetivo, que se refiere al lugar o espacio de celebración.

El ámbito del derecho constitucionalmente protegido se construye en la jurisprudencia constitucional a partir de varios criterios relacionados con: 1) La libertad de los contenidos del mensaje de la protesta, porque tratándose de crítica política o de asuntos de interés público es legítima la difusión de cualesquiera ideas, opiniones y pensamientos, mas si la crítica concierne a personajes públicos o titulares de un cargo público en relación a conductas relacionadas con su actividad, en la medida que contribuyen a la formación de la opinión pública. 2) La libertad de elección del espacio de la intervención, pues del lugar elegido por los organizadores, sobre todo en los supuestos de manifestaciones en sitios de tránsito público, algo que se encuentra íntimamente relacionado con la publicidad que busca la divulgación de las razones de la protesta, “depende que el mensaje que se quiere transmitir llegue directamente a sus destinatarios principales” (*STc 66/1995*). Es más, el espacio urbano, ha dicho el Tribunal Constitucional, no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación, recogiendo la doctrina sobre el foro público elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, referida a las plazas y los parques que tradicionalmente han sido los lugares de la protesta al poder y de la crítica política, y como tal son merecedores de una protección reforzada. Y 3) la libre selección de los medios adecuados para ejercer la crítica y alcanzar la máxima publicidad, lo que se denomina el catálogo de las formas de la protesta (*STc 195/2013*). Estos derechos configuran el contenido esencial de la libertad de reunión y manifestación, junto a su función en el sistema democrático de realización del pluralismo político y social y a su papel en la configuración de una opinión pública viva, fuente de control de los poderes. En conclusión, el derecho de reunión se convierte en una garantía de la democracia, supone una de las formas de

democracia directa y, en esa medida, de participación de las personas en la vida de la comunidad y de expresión de la soberanía popular, que como se sabe no puede delegarse.

2.1.1.- Ejercicio del derecho de manifestación ante el Parlament de Catalunya en protesta contra la aprobación de los presupuestos. Acción de los piquetes.

En el caso objeto de autos conviene poner de manifiesto los datos que configuran la conducta como ejercicio del derecho fundamental. Se dan todos los elementos mencionados: la convocatoria estaba destinada a hacer coincidir voluntades individuales para expresar una subjetividad colectiva, coincidiendo con la sesión del órgano legislativo de la Comunidad Autónoma en la que se habían de decidir el contenido y el destino de las cuentas públicas, la finalidad era divulgar mensajes de protesta en relación a las decisiones legislativas, y para ello se trataba de ocupar los alrededores del edificio parlamentario para dirigir a los diputados, a los medios de comunicación y a la sociedad el rechazo de tales medidas de recorte del gasto social en detrimento de los servicios públicos y de la efectividad de los derechos sociales.

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.

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 protesta frente al Parlament debió ser pautada: requería de las autoridades competentes que se estableciera un perímetro para hacer compatible, de un lado, la acción de los piquetes, que se erigían en portavoces de un sector de la sociedad, de los representados, que buscaban confrontarse físicamente y dialogar con los representantes parlamentarios, trasladándoles el malestar y las consecuencias de los presupuestos que se iban a votar aquella jornada, con, de otro lado, la libertad de los diputados de acceder a la asamblea para ejercer sus funciones. De esta manera, se hubiera delimitado la acción colectiva, sus contenidos y, sobre todo, el espacio, físico y simbólico, de la confrontación. La importancia de la ordenación del espacio, aquí, no puede olvidarse, porque permitía a los propios manifestantes, a quienes secundaban la convocatoria, autodeterminar su conducta, estableciendo pautas claras. (Así se hizo, por ejemplo, en la convocatoria de una manifestación en Madrid, el 25.9.2012, bajo el lema “Ocupa el Congreso”, donde la autoridad gubernativa

estableció un perímetro de seguridad alrededor de la sede de dicha institución, de lo que da cuenta el Auto del juzgado Central de Instrucción n. 1 de 4.10.2012).

Lejos de ello, no hubo intercambio previo de pareceres, ni negociación de los espacios y de los métodos de protesta entre las autoridades y los organizadores, lo que impidió levantar con un mínimo de certeza las expectativas sobre lo que estaba permitido. El diseño de la intervención hizo inevitable el encuentro de los diputados con los manifestantes, que ocupaban todo el espacio disponible para el tránsito. La obligada confrontación, en los términos en que se produjo, fue debida al cierre, por razones de seguridad, de todos los accesos al Parlament salvo uno, dejando franca la entrada del Parc de la Ciutadella, donde confluyeron los piquetes, provocando no solo la contaminación física entre unos y otros, sino la necesidad de los parlamentarios de abrirse camino entre las gentes allí congregadas.

El testimonio del profesor Delgado Ruiz, quien desarrollaba una investigación etnográfica sobre los movimientos urbanos y había acudido con su cuaderno de campo para documentar la observación, es muy expresivo. En medio de la tensión ambiental que habían generado varias cargas policiales, ante la muchedumbre aparecieron los diputados, visibles por sus trajes y carteras, algo que la gente no se esperaba; fueron los propios manifestantes quienes protegieron a los parlamentarios frente a los más exaltados.

Algo que no puede dejarse de lado porque influyó en el desarrollo de la acción de los piquetes y de los manifestantes. Sin duda, al margen de las responsabilidades individuales de quienes intervinieron en la protesta.

2.1.2.- Límites a la intervención penal ante conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental.

Como hemos dicho al recoger la doctrina constitucional, el derecho de reunión y manifestación (pacífica y sin armas) es un límite no solo al legislador penal en su tarea de configuración de los tipos penales sino también a los jueces y tribunales en la aplicación de la ley.

Hay varios niveles de análisis cuando el delito atiende a conductas relacionadas con los derechos fundamentales: “La legitimidad de la intervención penal en los casos en que la aplicación de un tipo entra en colisión con el ejercicio de derechos fundamentales no viene determinada

por los límites del ejercicio del derecho, sino por la delimitación de su contenido” (*STc 104/2011*). Es constitucionalmente obligado indagar si la acción atribuida puede suponer ejercicio del derecho (lo que demostraría que es conforme a derecho, ya sea por falta de tipicidad o de antijuridicidad), o si, estando próxima y vinculada al derecho, expresa un exceso o abuso (donde entraría en juego el principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad, ya que la conducta no queda huérfana de amparo constitucional), o que sea exclusivamente un ejercicio aparente del derecho, ya sin cobertura constitucional, tal y como ha puesto de relieve la doctrina leyendo la jurisprudencia constitucional (Cuerda Arnau, Rodríguez Montañés).

Porque los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de manera contraria a los derechos fundamentales, debe excluirse del ámbito de intervención penal la conducta amparada por el contenido constitucionalmente protegido (*STc 111/1993*, Fj 5). Como señalamos antes, lo que supone ejercicio legítimo de un derecho fundamental no puede ser objeto de prohibición ni sanción (*STc 2/2001*, Fj. 2: “Los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”). Aquellas conductas que se pueden encuadrar en el ámbito objetivo del derecho fundamental, de acuerdo con los parámetros que hemos reseñado, son conformes a la ley, no pueden considerarse típicas ni antijurídicas, ya fuere por ausencia del indicio de antijuridicidad que conlleva el tipo, o por apreciación de una causa de justificación (la doctrina discute la cuestión, aunque la jurisprudencia prefiere la opción justificadora de la acción por aplicación de la causa genérica del art. 20.7 Cp).

En un segundo plano hemos de poner aquellas conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho (*STc 104/211*, Fj 6). Entonces la intervención penal debe superar los filtros que establece el principio de proporcionalidad y, en especial, la doctrina del efecto desaliento. Pues no es suficiente constatar que la acción sobrepasa el ámbito de la protección constitucional del derecho, porque entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal, la última razón, según señala la jurisprudencia constitucional (*ATc 377/2004*, Fj 1, que utiliza la metáfora de “terrenos intermedios”). Hay que observar que analizamos conductas que suponen el ejercicio de los derechos, por lo tanto, nos movemos en la praxis de la libertad de expresión y del derecho de manifestación, de

derechos en acción se trata, que siempre se presentan en la esfera pública en conflicto con otros bienes e intereses, en una tensión donde la medida de lo admisible y el significado de la transgresión es siempre discutible, la delimitación de lo normal frente a lo abusivo se hace muchas veces mediante una delgada línea, inevitablemente con criterios oportunistas. Cierta exceso, posiblemente, es consustancial al ejercicio del derecho de manifestación en una sociedad abierta y compleja.

Por lo tanto, resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho. El juez no puede “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (*STc 110/2000*, Fj 5). La *STc 104/2011*, que hemos citado, estimó el amparo y anuló la sentencia condenatoria por delito de desobediencia contra la demandante, miembro del comité de huelga de los trabajadores de un Ayuntamiento, que había allanado el despacho de un concejal, le había impedido que recibiera a unas personas que tenían cita con una funcionaria que ejercía su derecho de huelga, y se había resistido a atender a la orden para que abandonara la dependencia. “El contexto huelguístico, los hechos acaecidos y la función de la recurrente en esa concreta huelga, obligaban así a encuadrar la desobediencia en el marco objetivo del derecho fundamental” (Fj 8). De tal manera, la conexión de la conducta imputada con el derecho fundamental determinaba, a juicio del Tribunal Constitucional, que “la imposición de una sanción penal a la misma constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 Ce) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental”.

En relación a la libertad de expresión, cuya vinculación con el derecho de reunión ya hemos resaltado, se ha dicho que necesita de un amplio espacio que ha de ser respetado rigurosamente por el juez para no hacer del derecho penal “un factor de disuasión del ejercicio de la libertad”, algo que se considera “indeseable en un Estado democrático” pues operaría con “una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva” para el ejercicio del derecho (*STc 127/2004*, Fj 4, y *299/2006*, Fj 4). El Tribunal Europeo de derechos humanos contempla el mismo problema desde los estándares de enjuiciamiento del Convenio de Roma, exigiendo para reconocer legitimidad a la sanción de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales no sólo que fuere necesaria la limitación en una sociedad democrática, sino que también atiende a la naturaleza y gravedad

de la sanción y el consiguiente efecto desaliento que conllevan, sobre todo las penas de prisión. “Una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión...en circunstancias excepcionales, en particular, cuando haya afectado seriamente a otros derechos fundamentales, como en la hipótesis de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia” (*STEdh Otegi Mondragón contra España*, 15.3.2011, parágrafo 59).

La sanción penal es constitucionalmente legítima solo cuando la acción es aparente ejercicio del derecho, un subterfugio o excusa para realizar actos antijurídicos, siempre que por su contenido, fines o medios empleados desnaturalice o desfigure el derecho y se pueda entender desvinculada de este (*STc 104/2011*, Fj. 6).

La mayoría de las conductas probadas que se atribuyen en la sentencia a alguno de los acusados consistieron en participar en la manifestación, permaneciendo en el lugar -acotado por la autoridad gubernativa, mediante el cierre de las puertas de acceso al parque que rodea la sede del Parlament, y delimitado en concreto por la acción de los agentes que intervenían secuencialmente, desplazando a los grupos de manifestantes- y encontrándose con alguno de los parlamentarios. Véase el caso del Sr. Molina Marín que se hallaba al paso del Sr. Boada, quien fue apartado por un agente de paisano que acompañaba al diputado; o la Sra. Calderón Becerra, el Sr. Vinci, la Sra. Borge, el Sr. Villanueva Mena y la Sra. Durán Gurnsey, quienes se encontraron con los diputados Sr. Figueres y Sr. López i Tena, alguno incluso llegó a intercambiar diálogos con el segundo; o el Sr. Morales Rodríguez que estuvo en un grupo de manifestantes entre los que pasó el Sr. Maragall, quienes coreaban consignas; o la Sra. Calderón Becerra y la Sra. Pi i Morera (la segunda habló con el diputado Sr. Milá) y la Sra. Álvarez Juan, el Sr. Molina Marín y el Sr. Munter Domec que estaban cerca del Sr. Vila. Respecto a todos ellos solo podemos afirmar su presencia en el lugar por donde los diputados se vieron obligados a transitar para acceder al Parlament y en algún caso la confrontación con ellos. Todos ejercieron el derecho fundamental de manifestación, sin que pueda imputárseles acto alguno que pudiera significar un exceso o abuso.

Otras conductas pudieran tener un significado añadido. Así, el Sr. Cobos García se interpuso delante de los parlamentarios Sr. Figueres y Sr. López i Tena con los brazos abiertos, para impedirles el paso; posteriormente, siguió al segundo cuando buscaba una vía alternativa, levantando los brazos y moviendo las manos, al tiempo que gritaba las

consignas de los manifestantes. La Sra. Bergillos siguió también al diputado López i Tena con los brazos en alto, repitiendo los lemas de la manifestación. El Sr. Raymond Parra exhibió una pancarta ante los diputados Sr. Llop y Sr. Turull, invitando a otros manifestantes a hacer una barrera para que no pudieran pasar, siendo respondido que había que dialogar. Son acciones que deben contextualizarse en la propia dinámica de la manifestación. Se encuentran singularmente vinculadas al ejercicio del derecho de manifestación en los términos en los que había sido convocada: las conductas tuvieron lugar en el tiempo y espacio de la protesta, estaban destinadas a reivindicar los derechos sociales y los servicios públicos frente a los recortes presupuestarios y a expresar el divorcio entre representantes y representados; fueron actos de confrontación con los parlamentarios, inevitables en el modo que la autoridad gubernativa había planteado el ejercicio del derecho. De entre las conductas, cabría destacar la del Sr. Cobos García, porque aún sin emplear violencia ni intimidación, podía entenderse como un acto de constreñimiento de la voluntad de los diputados, como una coacción. Luego volveremos a ella, en la medida que pudiera identificarse algún rasgo de exceso en el ejercicio del derecho.

Por fin, ponemos a un lado la acción imputada al Sr. Vázquez Moreno, quien pintó la espalda de la chaqueta de la diputada Sra. Tura, con unos trazos, dejando huella en la prenda, que así deterioró. Una conducta que no tuvo incidencia alguna sobre la libre determinación de voluntad de la parlamentaria, ya que no fue consciente del gesto hasta que ya había entrado en el Parlament. Pero que no se puede reivindicar desde ningún concepto del ejercicio del derecho de protesta, sino como un acto descortés y gratuito, aunque producido en ese contexto.

### 2.1.3.- Delito contra la inmunidad de los parlamentarios

El art. 498 Cp citado por las acusaciones sanciona dos conductas, el empleo de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave contra un parlamentario para impedirle asistir a las reuniones de una Cámara parlamentaria o para coartar la libre manifestación de opiniones o la emisión de voto. No precisaron cuál de las dos modalidades consideraban aplicables al caso. Hay identidad de sujeto pasivo (parlamentario), de sujeto activo (individual o colectivo), de medios comisivos (fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave), radicando la diferencia en el objeto de la acción, ya que en la primera modalidad se trata de impedir la asistencia a las sesiones de la Asamblea, en la segunda de limitar o constreñir su trabajo parlamentario que consiste en la emisión de opiniones y en la configuración con su voto de las decisiones del legislador.

Es cierto que la proclama de la convocatoria focalizaba su interés en la aprobación de los presupuestos que suponían el recorte del gasto social y, por lo tanto, podría atender a las facultades del parlamentario de opinar, participar en las votaciones y formar parte de las reuniones de trabajo. Si tiene alguna importancia es para decidir si nos hallamos –lo que debatieron las partes- ante un tipo de simple actividad, algo que parece desprenderse de la descripción de la primera modalidad que relaciona las conductas en atención a la intención del agente (para impedir, es decir estorbar o hacer imposible la realización de algo, pues no exige que se hubiere impedido), o de resultado, que puede corresponderse con la redacción de la segunda modalidad típica que habla de coartar, que significa limitar o restringir, lo que pide un cierto cambio en el estado psicológico y en la voluntad del representante, que influya en su función. El principio de proporcionalidad, o de prohibición de exceso, al operar el tipo sobre derechos fundamentales de crítica política y de protesta, relacionados con la libertad de expresión y el derecho de reunión, aconseja a la interpretación estricta de un constructo ambiguo.

Plantearon las defensas que la gravedad califica a todos los medios comisivos, no solo a la amenaza. Aunque se discuta en la doctrina, parece evidente en una interpretación gramatical que la redacción típica -trasunto del art. 157.4 del Código penal de 1944, que a su vez recoge literalmente el delito del art. 161.4 del código de 1932, importado del art. 174.4 del código de 1872- quiere calificar exclusivamente la intensidad de la amenaza. De hecho, el tipo atenuado que preveía el código de 1973 en su art. 158 solo mencionaba a la amenaza (junto a la perturbación del orden y la injuria), lo que avalaría dicha pauta. Sin embargo, es lo importante en esta sede, la misma exigencia del principio de proporcionalidad demanda que toda conducta fuere idónea para impedir asistir a la reunión o coartar la libre voluntad del parlamentario. En este punto cabe reseñar que dicha idoneidad lleva implícita la gravedad de la acción, en consideración a la circunstancia y condición del sujeto pasivo, un político, persona pública que ejerce uno de los poderes del Estado, habituado a adoptar decisiones bajo la ética de la responsabilidad, hecho a la crítica, al conflicto y la presión de los medios y de la opinión pública.

En cuanto al bien jurídico protegido es el normal ejercicio de la potestad legislativa y de las otras funciones que la Constitución encomienda a las mismas, de ahí que la tutela penal se brinde de modo directo a las personas que son titulares de dicha potestad (art. 66.2 Ce y art. 55 del Estatuto de Catalunya).

Las acciones que hemos identificado –con criterios estrictos de una normalidad planteada como modelo fuera del conflicto- con un cierto significado de exceso o abuso del derecho de manifestación consistían, según hemos dicho, en ponerse delante de los diputados con los brazos abiertos o caminar detrás de ellos con los brazos en alto, al tiempo que se coreaban las consignas sobre el recorte presupuestario o la falta de legitimidad de la representación que ostentaban. Desde luego, son conductas íntima e inequívocamente conectadas con el derecho a la protesta que allí se ejercitaba. Entendemos que formalmente esas conductas pudieran parecer como coactivas; pero materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas. Conclusión a la que llegamos atendiendo: 1) Al contexto de producción -una manifestación previamente convocada y publicitada con un lema como el señalado, Aturem el Parlament-, 2) A los términos del planteamiento de la autoridad gubernativa para la escenificación de la protesta –cierre de accesos, no delimitación del espacio y cargas policiales intermitentes- y, sobre todo, 3) A la capacidad que se supone al sujeto pasivo para determinar su voluntad -parlamentarios que acudían a una sesión plenaria importante, convencidos de su posición, sobre la que previamente habían reflexionado individualmente y deliberado colectivamente, que se encuentran sometidos a la disciplina del grupo al que pertenecen, lo que forma parte de su hábito profesional.

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 Parlamento o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto.

En conclusión, las acciones que se han atribuido al acusado Sr. Cobos García deben entenderse irrelevantes desde la perspectiva del tipo penal y, en cualquier caso, justificadas por el ejercicio fundamental del derecho de manifestación (art. 20. 7 Cp).

#### 2.1.4.- Atentado. Concurso de normas.

El Fiscal y la acusación popular Manos Limpias calificaron también por atentado agravado del art. 550 y 551.2 Cp, al tratarse de autoridad miembro de la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma. Consideraba la acusación pública que concurría idealmente con el delito contra las Instituciones del Estado, lo planteaba como un concurso real la otra acusación.

En realidad estamos ante un concurso de normas y la relación entre ambos tipos es de especialidad (art. 8.1 Cp), como plantearon las defensas. Porque los hechos imputados pueden incluirse en ambos delitos, pero el que protege el funcionamiento de la Asambleas legislativas abarca de modo exhaustivo su contenido de injusto, es por lo que este debe considerarse ley desplazante. El delito del art. 498 es un tipo especial frente a las amenazas, las coacciones y el atentado, que funcionan como preceptos generales. Porque todas las conductas comprendidas en el delito contra la libertad de obrar de los parlamentarios (precepto especial) -ya estuviesen dirigidas a limitar su voluntad de asistir a las sesiones o su capacidad de expresar opiniones y de emitir el voto- son subsumibles como delito de atentado, cumplen necesariamente también este tipo (precepto general). Ya que se dirigen contra una autoridad, mediante el acometimiento -violencia física-, la fuerza o la intimidación, formas comisivas descritas en este tipo, junto a la amenaza, que es una suerte de la violencia psíquica que incluye la intimidación; además, el atentado se dirige contra una autoridad que ejerce la potestad legislativa con el objeto dicho en el delito especial. Es por ello que las conductas típicas del art. 498 Cp, o de sus precedentes correlatos, se definen precisamente como una modalidad de atentado a los órganos legislativos, a la función que desarrollan o a sus titulares (Quintano Ripollés, Tamarit Sumalla).

Por lo tanto, analizadas las conductas desde la perspectiva del delito especial no es preciso examinarlas, redundantemente, en el marco de los elementos del tipo de atentado, norma que queda desplazada al concurrir con aquella, más cuando se ha afirmado el ejercicio del derecho fundamental.

#### 2.1.5.- Asociación ilícita.

La acción popular Sindicato de funcionarios públicos Manos limpias imputó a los acusados el delito de asociación ilícita del art. 515.1 Cp. La calificación era insostenible a partir de los hechos que relataba en su escrito de conclusiones, copia del que había presentado la acusación pública. Pero no solo eso, en su informe la parte no prestó atención alguna a esa imputación -que exigía, es un decir, haber intentado traer a juicio a los organizadores de la manifestación- aunque en sus conclusiones definitivas se había permitido pretender una condena de un año de prisión más multa para todos y cada uno de los acusados.

Se puede descartar la peregrina imputación sin mayor atención que la que prestó la parte.

#### 2.1.6.- Falta de daños.

Los hechos atribuidos al acusado Sr. Vázquez Moreno constituyen una falta de daños del art 625.1 Cp. El tipo penal protege el bien jurídico del patrimonio, frente a cualquier forma de ataque, no recogido en otros tipos penales, y que cause un daño inferior a 400 euros.

Daño significa aquí toda destrucción, inutilización, alteración, deterioro o menoscabo de un bien: manchar una prenda de vestir constituye un daño típico. Concurren los elementos del delito: 1) el requisito objetivo, que la acción recaiga sobre una cosa o un bien ajeno, una prenda de ropa que llevaba la parlamentaria, 2) cuyo valor no ha de superar la cantidad mencionada, que es la que proponían las acusaciones a partir de la información aportada por la perjudicada sobre el precio de adquisición de la chaqueta,) un comportamiento doloso, realizado por el acusado con conocimiento y voluntad de la producción del referido deterioro al patrimonio ajeno, lo que se desprende de la misma acción.

Es autor el acusado por su participación directa en los hechos (art. 28 Cp). Se le impone la pena de cuatro días de localización permanente, cerca

del límite inferior del marco legal, atendiendo al criterio de la perjudicada, que ni siquiera reclamó el valor de la reparación, y al hecho de haber sido sometido a un proceso por delito cuando solo se le imputaba esa acción.

## 2.2. Costas.

Se declaran de oficio las costas causadas (art. 240 LECrim).

Por lo expuesto,

## IV.- FALLO:

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 D<sup>a</sup>. Marta Pi i Morera, a D<sup>a</sup>. Alejandra Calderón Becerra, a D. Francisco José Cobos García, a D<sup>a</sup>. Alessia Borge, a D. Antoni Dolz García, a D. Jordi Raymond Parra, a D. Javier Villanueva Mena, a D<sup>a</sup>. María Durán Gurnsey, a D. Ignacio Antolino Ibáñez, a D. Joan Peiró i Tura, a D<sup>a</sup>. Ángela Bergillos Alguacila D. Ciro Morales Rodríguez, a D. Álvaro Cano Santana, a D<sup>a</sup>. 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.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación.

Sentencia que pronuncian y firman los Magistrados que formaron el Tribunal. Doy fe.

## **VOTO PARTICULAR QUE FORMALIZO EN RELACION A LA SENTENCIA DICTADA EN LA PRESENTE CAUSA ROLLO DE SALA 6/2013, PROCEDIMIENTO ABREVIADO 124/2001 DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 6**

Disintiendo del parecer mayoritario, y con la mayor de las consideraciones al desarrollo de la sentencia, no compartiendo sustancialmente su estructura, tanto fáctica, como jurídica, procedo a concluir el voto particular. Aun compartiendo parte de la conformación de la sentencia, pero valorando el alcance de la disensión, entiendo oportuno que el presente voto particular se formalice en extremos de sentencia que pudiera calificarse como alternativa.

### **A.- En base a la prueba que posteriormente analizaré estimo que el relato de hechos probados debiera haber sido del siguiente tenor:**

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. El lema de la protesta era “Aturem el Parlament, no deixarem que aprovinretallades” (Paremos al/el Parlamento, no permitiremos que aprueben recortes). La manifestación fue comunicada a la administración y publicitada por varios medios, entre otros una rueda de prensa el 10 de junio en la que dos portavoces de los movimientos sociales declararon que no trataban de impedir el funcionamiento del Parlament sino parar el ataque a los derechos sociales y a los servicios públicos que implicaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar.

2.- La tarde del 14 de junio unas mil personas se concentraron junto al Parque de la Ciutadella, pero la policía les impidió acceder a dicho espacio, que se cerró durante la noche. Los manifestantes acamparon en un espacio próximo, en la encrucijada entre el Pasaje Picasso y la avenida del Marques de Agentera. A primera hora de la mañana la policía hubo de disolver, en varias ocasiones, a los concentrados para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar abierta para que accedieran los parlamentarios.

3.- A partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas, debido al número de personas allí congregadas, en algunos momentos más de seiscientos, y otros, tal y como se expondrán, fueron acometidos de distintas maneras, habiendo sido posible su acceso por la intervención de agentes de los mossos d'esquadra, uniformados y no uniformados. La sesión estaba prevista para las 10.00 h.

4.- Hacia las 9.25 h. el President de la Generalitat ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados Sr. Llop i Rigol y Sr. 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, se dirigían por la avenida Meridiana al Parc de la Ciutadella para acceder por la puerta 7 cuando se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los vehículos iban acompañados de motos

policiales, deviniendo evidente que se trataba de la comitiva presidencial, viéndose obligados a rectificaron su dirección y regresar por la misma vía, alejándose del lugar.

En el momento que rectificaban su marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas se aproximó a la comitiva. Durante el encuentro entre manifestantes y cadena de coches, alguno de ellos, y con la finalidad de obstaculizar su trayectoria hacia el Parlament, se acercaron golpearon la carrocería y trataron de abrir alguna de las puertas. Las personas que realizan estos actos son: Daniele Vinci y Rubén Molina Marín. Este último igualmente, y cuando la comitiva se aleja lanza un cono hacia el vehículo presidencial.

En el mismo lugar de dichos hechos, y en ese preciso momento, se encontraba Javier Tadeo Orellana de Villalonga, de quien únicamente consta que levantó el brazo hacia la comitiva de vehículos oficiales.

Subrayar, tal y como se expondrá, como el diputado Sr. Llop i Rigol, invidente y acompañado de su perro guía, se encontraba dentro del vehículo presidencial tras haber sufrido unos incidentes en que se le limitó ostensiblemente de su capacidad deambulatoria.

**5.-** Hacia las 8.30 h. la diputada Sra. Tura i Camafreita caminaba por el Parc 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 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 dañó también el bolso que llevaba en bandolera. La Sra. Tura no reparó en el incidente hasta el momento en que se internó en el edificio del Parlament, al quitarse la prenda.

**6.-** El diputado Sr. Boada Masoliver 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 de forma violenta, alguno poniéndole la mano encima, cual es el caso de Marta Pi Morera, y Rubén Molina Marín, quien tiene que ser apartado por agentes de policial al tratar de abalanzarse aquel sobre dicho parlamentario. Ante la actitud de los dos anteriores y un grupo de personas no identificadas el Sr. Boada solo pudo acceder al Parlamento como consecuencia de la escolta policial. La situación de violencia en su persona fue de tal entidad que, aún dada esa protección, el honorable para salvar su integridad hubo de saltar entre dos furgonetas policiales que hacían las veces de cordón de seguridad.

**7.-** Los diputados Sr. Figueres Alba y Sr. López i Tena 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 no identificado pero que figura como nº 30 en las pesquisas judicializadas, arrebató al Sr. Figueres Alba un bolso de mano, y los diputados siguieron 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, hasta que fueron atendidos por agentes de policía que les trasladaron en coche hasta la sede del Parlament.

Respecto a estos hechos, y entre las personas que acometieron a los citados parlamentarios con la voluntad de que no accedieran a la cámara legislativa, hemos de dejar constancia de como Francisco José Cobos García, persona de concreta corpulencia, y apoyado por el grupo, levanta los brazos, impidiendo el paso de ambos parlamentarios.

Respecto al parlamentario Sr. López Tena se observa a Alejandra Calderón Becerra acometerle físicamente, siendo agarrado igualmente por Javier Villanueva Mena y por Daniele Vinci, y con la misma finalidad ya descrita. Alessia Borge mientras tanto le acometía de forma verbal, gritando y María Durán Gurnsey le dirige ademanes como si de un boxeador se tratara, es decir denotando agresividad. Ignacio Antolino Ibáñez, Joan Peiró Tura y Angela Bergillos Alguacil se encontraban en el lugar, no obstante no se concreta actitud alguna que pueda resaltarse.

**8.-** Sobre las 9.30 horas los diputados de Ciu Sr. Llop i Rigol, este como se ha dicho invidente, acompañado por su perro guía, y Sr. Turull i Negre caminaban hacia el Parlament cuando varios manifestantes se confrontaron con ellos, en concreto Jordi Raymond Parra pedía que no les dejaran pasar, para que no votaran, otros le contestaban que solo había que hablar. No consta que el mencionado Raymond Parra ejerciera violencia física o intimidación, una vez que no encontró el auxilio de otras personas allí concentradas. Posteriormente tuvieron un altercado con otros manifestantes y se dirigieron en busca de policías. Llegaron al Parlament, después de intentarlo con la comitiva del President de la Generalitat, en helicóptero hacia las 10.20 h.

**9.-** El diputado del PSC Sr. 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, impidiéndole que pudiera transitar con una mínima tranquilidad. Fue ayudado por dos mossos d'esquadra para llegar al cordón policial. Entre las personas que le rodeaban, y le impedían transitar con esa fuerza activa, se encontraban Ciro Morales Rodríguez y Alvaro Cano Santana, si bien no consta que intervinieran directamente.

**10.-** La diputada de Ciu Sra. Marcos i Vilar se encontró con un grupo de manifestantes cuando intentaba entrar al parque con otras dos parlamentarias, quienes salieron corriendo: le dirigieron gritos y le rociaron un líquido por encima, al tiempo que una persona la sujetaba del brazo. La escena fu captada por un cámara o un reportero gráfico que tomó imágenes sin prestar ayuda a la diputada, y que no era otro que Antoni Dolz García, quien hizo lo propio respecto a los hechos sufrido por los honorables López i Tena y Figueres Alba. Cuando pudo reaccionar regresó por la misma calle y fue trasladada al Parlament en coche policial. La Sra. Marcos i Vilar sufrió una crisis de ansiedad y precisó de ansiolíticos.

**11.-** El Sr. Milá i Solsona, diputado de Iniciativa per Catalunya, intercambió opiniones con varias manifestaciones, quienes le salieron al paso, algunos le recriminaron que entrara a votar al Parlament. Hubo personas que no se limitaron a esa recriminación verbal, sino que le acometieron, cual es el caso de Marta Pi Morera, a quien el honorable hubo de apartar. También se encontraba en el lugar Alejandra Calderón Becerra, a quien en el reportaje fotográfico no se le ve acometer, pero sí mantener una postura y gestos desafiantes, recordando cómo ha aparecido en alguno de los incidentes hasta ahora relatados.

**12.-** El diputado Sr. Vila i Vicente 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. Estas personas no se limitaron a lo anterior sino que formaron un muro que impedía al honorable transitar, teniendo que permanecer parado. Entre estas personas que forman el muro y le impiden deambular, insultándole, se encontraban Olga Álvarez Juan, Rubén Molina Marín, quien asimismo trata de acometerle y Carlos MunterDomec. Destacar como el Sr. Vila i Vicente ha de ser socorrido y auxiliado por agentes de los mossos de e'squadra, e incluso en ese momento la actitud del grupo no deja de ser agresiva, debiendo ser repelidos por la fuerza.

**13.-** Recordar como ese día 15 de junio de 2011 estaba convocada sesión del Pleno del Parlament de Catalunya a las 10 horas de la mañana para, además de un homenaje en memoria del ex diputado Solé i Tura, y realizar preguntas con respuesta oral, comunicación al Pleno, interpelaciones y mociones, realizar el debate y votación de las enmiendas a la totalidad de los presupuestos de la Generalitat catalana de 2011 y al del Proyecto de Ley de medidas fiscales y financieras.

Ante estas conductas violentas suficientemente individualizadas, y no predicables de la gran mayoría que ejercitaba su derecho de manifestación y confrontación ideológica en límites razonables y no meramente pasivos, la sesión plenaria del Parlament del día 15 de junio de 2011, se inició con un retraso de 11 minutos sobre el horario previsto (10.00 horas). No obstante, hubo de suspenderse durante media hora para dar tiempo a que llegaran más diputados, consecuencia de que al inicio sólo estaban 70 de los 135, obligando a cambiar el orden del día. La sesión plenaria se inició con el punto 3º y a posponer al día siguiente, 16.6.2011 la sesión de control al gobierno y al presidente de la Generalitat de Catalunya, dos interpelaciones al Gobierno y el homenaje al ex diputado Jordi Solé i Tura.

Y esa, y no otra, alterar el funcionamiento y dignidad del Parlament, a través del acometimiento físico y verbal a sus diputados, evitando que acudieran o lo hicieran con la necesaria tranquilidad, era la finalidad perseguida por los integrantes de los pequeños grupos violentos que se formaron, y en los que se integraron los acusados en la forma ya descrita.

**B.- Una vez que hemos concretado lo que entendemos, en base a la prueba formalizada y que se valorará al concluir el necesario juicio jurídico, hechos probados, pasaremos al discurso jurídico.**

**1.- Sobre las cuestiones previas y que hace referencia principal a la validez y regularidad de la prueba susceptible de conformar el acervo probatorio; problemática de legalidad constitucional y ordinaria formalizada por el conjunto de defensas**

Las defensas, tal y como expone el M.F., plantean numerosas “dudas” sobre la prueba practicada, no solo desde el punto de vista de vulneración de derechos fundamentales, de ilicitud constitucional, sino también en orden a la ilicitud ordinaria de dicha prueba, a las que trataré de dar respuesta por su orden de articulación. Con toda la consideración a la sentencia dictada entiendo que, respecto a distintas impugnaciones, su respuesta es más implícita que expresiva; excepción de las relativas a la toma de reseñas fotográficas para la realización de estudios fisionómicos, detención en algunos supuestos a esos fines y alcance de la presencia letrada en su materialización.

**1.1.-Sobre las grabaciones de fotos y videos.**

**A) Posible ilicitud constitucional.** Aunque las defensas no han denunciado la vulneración de derechos fundamentales en la obtención las imágenes, al haber planteado tales cuestiones en el trámite previsto legalmente para la denuncia de violación de derechos fundamentales debemos resolver al respecto.

La denunciada vulneración de derechos fundamentales al efectuarse las grabaciones videográficas o fotográficas ha de rechazarse porque tales grabaciones **se produjeron en un lugar público y además en un momento muy concreto en que se estaba produciendo un acontecimiento público de interés informativo.**

Ya desde las **STS 6-5-1993 (Pte. Martín Pallín)** y **STS 760/1994, de 6 de abril de 1994 (Ruiz Vadillo)**, se indicaba que la prueba de vídeo como soporte de una condena puede ser suficiente para formar la convicción judicial, siempre que se sujete a los siguientes términos: **a) Que la filmación videográfica no haya vulnerado algún derecho, o lo que es igual, que con ella no se haya violado la intimidad o la dignidad de la persona afectada por la filmación;** **b) Que no podrá entenderse vulnerado un derecho en tales casos, cuando las labores de investigación se extiendan a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que se supone fundamentadamente que se está cometiendo un hecho delictivo;** **c) Que todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación se habrán de limitar a los espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales; y en fin, **d) Que la barrera entre lo permitido y lo prohibido es fácilmente obtenible de la propia Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, y en concreto de la LO 1/1982, de 5 mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982 señala los imperativos de interés público que pueden hacer que por Ley se autorice expresamente determinadas****

entradas en el ámbito de la intimidad que no podrán ser reputadas ilegítimas. El interés público que, con toda evidencia, subyace en la investigación criminal, justifica, no las ingerencias en la vida privada, ni los atentados a la intimidad o dignidad, pero sí un seguimiento de los pasos de determinadas personas sobre las que recaen fundadas sospechas de que acuden a un lugar en el que se está cometiendo un delito.

Pues bien, veinte años después la jurisprudencia mantiene tales criterios, y la **STS 433/2012, de 1-6-2012 (Conde Pumpido)** dice que:

*La doctrina jurisprudencial de esta Sala, (sentencias de 6 de mayo de 1993 , 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994 , 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996 , 5 de mayo de 1997 , 968/1998 de 17 de julio , 188/1999, de 15 de febrero , 1207/1999, de 23 de julio, 387/2001, de 13 de marzo , 27 de septiembre de 2002 , y 180/2012 de 14 de marzo , entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.*

Y aun más recientemente la **STS 67/2014 , de 28-1-2014 (Sánchez Melgar)**, recoge toda la jurisprudencia sobre tal medio de prueba y dice:

*La STS 485/2013, de 5 de junio , considera que el material fotográfico y videográfico obtenido en el ámbito público y sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar tiene un valor probatorio innegable. La eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad.*

*La doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencias de 6 de mayo de 1993 , 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996 , 5 de mayo de 1997, 968/1998 de 17 de julio , 188/1999, de 15 de febrero , 1207/1999, de 23 de julio , 387/2001, de 13 de marzo, 27 de septiembre de 2002 , y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.*

(...)

*De ahí que igualmente la STS 828/1999, de 19 de mayo , recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional (véase STC de 16 de noviembre de*

1.992) y de esta Sala Segunda ( S.S. de 21 de mayo de 1.994, 18 de diciembre de 1.995, 27 de febrero de 1.996, 5 de mayo de 1.997 y 17 de julio de 1.998 , entre otras) ha admitido las grabaciones videográficas como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recogen las imágenes de la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado. Esa validez, no obstante, está subordinada imprescindiblemente a la necesidad de que la filmación no suponga una invasión de los derechos fundamentales a la intimidad de la persona, razón por la cual será precisa autorización judicial cuando la grabación se lleva a cabo en domicilios o lugares protegidos por el art. 18 C.E. Pero si se trata de la grabación de imágenes en lugares públicos, aún de acceso restringido, no se requiere autorización judicial.

Pues bien, en el presente caso todas las grabaciones aportadas a la causa y utilizadas como prueba documental han sido efectuadas 1º) en espacios públicos; y 2º) captando imágenes de personas sospechosas de estar cometiendo un delito. Por ello, en este primer punto debe rechazarse frontalmente la posibilidad de que se haya vulnerado el derecho fundamental a la intimidad , al honor o a la propia imagen. No existe vulneración de derechos fundamentales porque existe un interés superior en la investigación de un delito y porque las grabaciones se efectuaron en un espacio libre. Desde este punto de vista **la prueba no está viciada de ilicitud constitucional** y por ello deben rechazarse las alegaciones de las defensas.

B.En cuanto a la **posible ilicitud ordinaria** de la prueba contenida en las grabaciones, las defensas denuncian múltiples irregularidades, y hay que distinguir dos tipos, dependiendo del origen de la grabación:

### **1) Grabaciones obtenidas por los particulares (colgadas en youtube) o los medios de comunicación**

Con respecto a las grabaciones efectuadas por los medios de comunicación se ha mezclado la denuncia de irregularidades en la obtención de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, y en concreto, se ha alegado la vulneración del derecho a la libre información del art. 20.1.d) CE. Sin embargo, es precisamente en base a este derecho a informar a cómo se ha obtenido la prueba.

En realidad existiría, al contrario, un posible conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, y sobre este extremo se pronuncia la **STS 793/2013, de 28-10-2013 (Manuel Marchena)**, que da por válida la prueba obtenida con cámara oculta en un reportaje periodístico (clínica abortista de Barcelona) y matiza la jurisprudencia del TC de sus tres SSTC 12, 24 y 74 del año 2012, que ha fijado importantes limitaciones al uso de la cámara oculta como medio de obtención in consentida de imágenes y sonidos que luego son objeto de difusión en algún medio de comunicación. Sin embargo, **el TS revoca la SAP de Barcelona que no había tenido en cuenta la grabación videográfica en base a esta doctrina constitucional** y dice :

**“La lectura detenida de las tres sentencias que condensan la doctrina constitucional pone de manifiesto que su objeto nada tiene que ver con una hipotética prohibición absoluta y excluyente de un determinado medio de prueba en el proceso penal. Lo que la STC 12/2012 proclama es la prevalencia, en esos casos concretos, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) frente a la libertad de información (art. 20.1.d) CE). La utilización de un mecanismo técnico de grabación de la imagen y del sonido, para su ulterior difusión en un medio de comunicación, puede entrañar una irreparable lesión de derechos personalísimos del entrevistado que, desconocedor de que su imagen y sus palabras están siendo grabadas clandestinamente, llega a conducirse con un grado de espontaneidad que no ofrecería si conociera el verdadero propósito que anima a su interlocutor.(...) Pero ese desenlace, favorable a la prevalencia del derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la libre difusión de información, no tiene por qué imponerse miméticamente cuando el conflicto entre los derechos concurrentes tiene una naturaleza diferente. En efecto, en el proceso penal convergen bienes y derechos de distinto rango axiológico. Y la jurisprudencia constitucional anotada supra sólo ofrece la regla de ponderación para un conflicto que, si bien se mira, no se presenta en esos mismos términos durante la investigación penal. La Audiencia Provincial de Barcelona no tenía que pronunciarse acerca de si la difusión en la televisión pública noruega de un reportaje grabado con cámara oculta en una clínica abortiva había implicado una lesión constitucionalmente injustificada de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las personas entrevistadas. No era eso lo que se pedía de los Jueces de instancia. Lo que se instaba de ellos era que el juicio de pertinencia acerca de la prueba propuesta tomara como elementos de ponderación, no los que han venido siendo objeto de tratamiento en la jurisprudencia constitucional –intimidad versus derecho de información-, sino los que singularizan el proceso penal, cuya naturaleza, por definición, es indisociable de los propios fines que justifican la existencia de la jurisdicción penal.”**

Así pues, si la utilización de imágenes captadas por particulares o medios de comunicación en un espacio cerrado puede ser admitido como prueba en un proceso penal, con mucha más razón ha de admitirse si la grabación se produce, como es el presente caso, en un espacio público.

Ya respecto a **precedentes jurisprudenciales similares al caso presente**, existen algunos semejantes, casos de grabaciones en lugares públicos.

Mencionaré sólo dos:

**1º) STS 4/2005, de 19-1-2005 (Maza):** Se trata de **los hechos acaecidos en Bilbao en la detención de un miembro de la mesa nacional de HB**, en el curso de la cual se congregó gente alrededor del lugar donde se produjo la detención hasta que en un momento dado unertzaina golpea con la porra a una persona que se encontraba en el lugar y que no estaba haciendo nada causándole diversas lesiones. Estos hechos fueron grabados por los medios de

comunicación que cubrían la detención del miembro de HB. Y **dichas grabaciones se consideraron prueba de cargo válida:**

*FJ 1º A): es obvio que la grabación periodística de un incidente acaecido en la vía pública, no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente.*

*Sin embargo, por tal motivo no puede ser tachada, en modo alguno, de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno, en concreto y de manera especial el derecho a la intimidad en sus diferentes facetas, ya que, como se ha dicho, la grabación recoge hechos sucedidos en un ámbito público.*

*A partir de la afirmación que precede, ha de reconocérsele, por tanto, validez como material susceptible de aportar al Juzgador conocimiento acerca de lo realmente acontecido, no existiendo ningún motivo apreciable para su rechazo.*

*Máxime cuando no sólo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso Penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad y búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión “a priori” de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido.*

*Cosa distinta será la valoración que esa prueba posteriormente merezca y, en concreto, la fiabilidad que a la misma se otorgue por quien ostenta la facultad para ello.*

*Y, en este sentido, en nada difiere la aportación del documento videográfico de la declaración testifical de quien directamente presencié lo acontecido, en la que también pueden haber razones para dudar de su credibilidad o de la integridad y fiabilidad en la percepción de lo ocurrido y posteriormente narrado.*

**2º) STS 485/2013, de 5-6-2013 (Monterde), que se refiere a grabaciones realizadas por particulares y no por medios de comunicación, citada por la defensa de Alessia Borge, en que los hechos se refieren a la grabación realizada con un teléfono móvil por un agente de policía local, accidentalmente por estar “trasteando” con el móvil, en unas dependencias públicas como lo son la sala de atestados de las dependencias de la Policía Municipal de Alcorcón de una agresión por un policía local a un detenido. Y ese policía local declara como testigo:**

*La doctrina jurisprudencial de esta Sala, (sentencias de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 5 de mayo de 1997, 968/1998 de 17 de julio, 188/1999, de 15 de febrero, 1207/1999, de 23 de julio, 387/2001, de 13 de marzo, 27 de septiembre de 2002, y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas,*

*estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.*

*Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas (domicilio) sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno plázet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario, ni tampoco puede autorizarse la instalación de cámaras en lugares destinados a actividades donde se requiere la intimidad como las zonas de aseo.*

*Pero, como precisa la STS de 1-6-2012, num. 433/2012, el material fotográfico y vídeo gráfico obtenido en el ámbito público y sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar tiene un valor probatorio innegable. (...)*

Y en el FJ 2º dice:

*1. Se alega que se ha producido la vulneración, dada la nulidad del material videográfico al ser incorporado al proceso sin cumplir ninguna garantía procesal e infringiendo la doctrina del TS sentada en sentencia 828/1999, de 19 de mayo, no habiéndolo puesto inmediatamente a disposición judicial.*

*2. La sentencia de esta Sala invocada por el recurrente, n º 828/1999, de 19 de mayo, recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional (véase STC de 16 de noviembre de 1.992) y de esta Sala Segunda ( S.S. de 21 de mayo de 1.994, 18 de diciembre de 1.995, 27 de febrero de 1.996, 5 de mayo de 1.997 y 17 de julio de 1.998, entre otras) ha admitido las grabaciones videográficas como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recogen las imágenes de la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado. Esa validez, no obstante, está subordinada imprescindiblemente a la necesidad de que la filmación no suponga una invasión de los derechos fundamentales a la intimidad de la persona, razón por la cual será precisa autorización judicial cuando la grabación se lleva a cabo en domicilios o lugares protegidos por el art. 18 C.E.*

*La misma doctrina jurisprudencial citada viene a destacar que, supuesta la legitimidad de la filmación, se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la*

grabación. Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el Juicio Oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal. Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que en este supuesto, **la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película**, sin posibilidad de ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador. [Esto lo reitera la STS 67/2014, de 28-1-2014, es decir, que la exigencia de la testifical del operador que graba las imágenes se exige sólo cuando la grabación es la única prueba o puede generar dudas la realidad de lo grabado, cosa que no ocurre en el presente caso en el que tenemos junto a las declaraciones de los Mossos la de las propios víctimas.] Por esta misma razón "la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad" ( STS de 17 de julio de 1.998 EDJ 1998/9890, antes citada), exigiendo la doctrina jurisprudencial que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales. Se establecen, por tanto, una serie de exigencias, para evitar la manipulación y asegurar la autenticidad del material probatorio, de las que la entrega pronta a la autoridad judicial no es más que uno de los procedimientos recomendados al efecto, junto con los demás que se enumeran. Por ello no cabe sobrevalorar la referencia a la entrega inmediata al Juez.

**(...)Lo relevante es ver si el vídeo es o no fiable.**

Y en dicho caso el video aportado a actuaciones se requirió a Telemadrid y por ello se citaron a los autores que lo habían grabado, para comprobar la veracidad o fiabilidad de lo grabado, **porque lo aportado no era la grabación original.**

Pero lo importantes es que de la mencionada STS 485/2013 y de toda la jurisprudencia que cita , incluida la STS 828/1999, de 19 de mayo, así como de las otras SSTS que hemos referido, lo que se deduce es que **no es imprescindible la presencia del operador que grabó las imágenes, sino que ello es una forma más de corroborar que tales imágenes son auténticas y se adecuan la realidad.** En definitiva, se trata de un problema de fiabilidad , no de ilegalidad de la prueba.

**En el presente caso, entiendo compartiendo el criterio articulado por el M.F., como no puede estimarse necesario traer a los operadores de los**

medios de comunicación 1º) porque las defensas no han impugnado por motivos concretos la prueba documental hasta el acto del juicio oral, limitándose las impugnaciones de los escritos de conclusiones provisionales a ser genéricas; 2º) porque las grabaciones han sido numerosas y han provenido de diversas vías (en ocasiones tenemos los mismos hechos desde distintos puntos de vista) ; 3º) porque la aportación del material procedente de los medios de comunicación se ha obtenido al amparo de un procedimiento legal de investigación penal como son unas Diligencias de Investigación del MF ; y 4º) porque además han comparecido los testigos presenciales de los hechos, tanto policías como parlamentarios que los vivieron en directo y que corroboraron la correspondencia de dichas imágenes que les fueron mostradas en juicio, y ello independientemente de la valoración que deba realizarse posteriormente sobre su alcance en los extremos incriminatorios que se pretende por el M.F. y resto de acusaciones.

En definitiva, considero que la prueba es fiable y por lo tanto no puede exigirse un requisito exigido en la jurisprudencia para otros casos distintos del actual.

### **Grabaciones de la propia Policía**

En orden a la prueba consistente en las imágenes aportadas por la Policía, las garantías que se exigen para la obtención de tales imágenes son mayores y están sometidas a una serie de controles. Pues bien, en el presente caso tales exigencias se han cumplido.

**Con carácter previo** debemos resaltar que el TS admite con carácter general que las FCS del Estado realicen grabaciones de sospechosos en el momento de cometer un delito, sin necesidad de autorización previa. Así, la **STS 595/2005 de 09/05/2005 (Granados)** dice:

*Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada [1/1982 de protección al Honor], no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. El art. 282 LECr. autoriza a la Policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes. No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de imágenes de personas sospechosas en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que se pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.(...)*

*El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral. Y en la Sentencia 1207/1999, de 23 de julio, en un recurso en el que fue alegada la nulidad de la prueba consistente en la filmación en vídeo realizada por la Policía se expresa que la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencia 188/1999, de 15 de febrero) ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que únicamente se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados (así se ha reconocido por esta Sala, en las SS. de 6.5.93, 7.2, 6.4 y 21.5.94, 18.12.95, 27.2.96, 5.5.97 y 968/98 de 17.7 entre otras)...». (F.J.2º)*

Pero es que además, en el presente caso, la actuación policial se ajustó a la **legalidad específica** en la materia:

- 1) A la **L.O. 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos**:

El **art. 1.1 de esta Ley** dice: *La presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de **prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública.***

El **art. 2.1 de esta Ley** dice: *La captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, en los términos previstos en esta Ley, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.*

El **art. 6** recoge los **Principios de utilización de las videocámaras**, entre los que está el de **proporcionalidad**, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima. Y dice:

*2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.*

*3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas.*

*4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.*

Y en el **apartado 5** se establecen los límites: *No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.*

#### **Artículo 7.** Aspectos procedimentales.

1. *Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.*

La **DA 1ª de la Ley** atribuye la capacidad normativa de desarrollo a las CA con competencia para la protección de las personas y los bienes y para el mantenimiento del orden público.

El **Decreto 134/1999, de 18-5-1999 del Gobierno de Cataluña** es la norma de desarrollo de la anterior Ley, en concreto en su **art. 12** en lo relativo al uso de **videocámaras móviles**, exigiendo: ***“En los supuestos de desórdenes públicos y, en general, de peligro concreto para la seguridad pública, corresponderá otorgar la autorización para la utilización de equipos móviles de grabación de imágenes y de sonidos, con los mismos objetivos fijados en artículo 10 [asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional, en los términos que en su caso fije la legislación del Estado; detectar o constatar las infracciones a la seguridad pública; y prevenir la producción de daños a las personas y los bienes, respetando el derecho a la intimidad de los ciudadanos], el director general de Seguridad Ciudadana”***.

En el presente caso se cumplieron los requisitos de previa autorización, tal y como consta a los f. 373 a 393 de las actuaciones (f. 267 y ss. de numeración impresa), pues los Mossos D'esquadra pidieron la autorización para la utilización de videocámaras móviles, basándose en los problemas de orden público que habían tenido lugar el 27-5-2011 con ocasión del desalojo del movimiento 15-M de la Plaza de Cataluña. Era una petición que entiendo proporcionada, basada en datos objetivos, pues existía una convocatoria de manifestación no autorizada legalmente en los alrededores del Parlament y existía el precedente de la ocupación y necesidad de desalojo de la Plaza de Cataluña. Así pues, la utilización de las videocámaras era proporcionada en su doble vertiente de idoneidad, pues existía una posibilidad de que se produjeran desórdenes públicos, tanto por la convocatoria de la manifestación como por los precedentes, por lo que era necesaria tal medida para identificar a posibles

responsables del delito; y en su vertiente de intervención mínima, pues la grabación se iba a efectuar con ocasión de una manifestación convocada a través de las redes sociales, por lo que el carácter público de tal acto era notorio y la afectación del derecho a la intimidad y a la propia imagen en tales casos se ve disminuida.

Finalmente, en los f 392 y 393 consta la entrega de las 24 cintas de las grabaciones.

### **-La impugnación de la incorporación de las grabaciones al proceso: denuncia de “posibles alteraciones” de videos o fotografías por diversas causas**

Las cuestiones planteadas por las defensas en orden a las dudas sobre tal medio de prueba son de diversa índole.

#### **1º) Por romperse la cadena de custodia de los videos, pudiendo haberse alterado su contenido.**

Se parte en este punto de una premisa equivocada, pues se denuncia con carácter general una ruptura en la cadena de custodia y de ello deducen que la prueba es nula o, más correctamente, irregular. Sin embargo, tal cuestión no es un problema de cadena de custodia. La denominada cadena de custodia, que más correctamente debería denominarse el “documento de custodia”, se refiere a la garantía de que las piezas de convicción o efectos hallados y recogidos por la Policía judicial en el lugar del delito, o que tienen relación directa con el mismo, son las mismos que los que son objeto de una pericia o de percepción directa por el Tribunal. Sin embargo, aquí nos hallamos ante una prueba documental que ha sido aportada a la causa con todas las garantías, documento que ha sido impugnado sólo de un modo genérico y sin haber precisado los motivos que hay para dudar de su fiabilidad. En el presente caso, se libraron por la Fiscalía los oficios correspondientes a los Mossos para requerir a los medios de comunicación los videos (constan en actuaciones las copias de tales oficios) y declaró el Secretario del atestado en el sentido de que la mayoría de los videos los recibieron personalmente.

Es en el acto del juicio oral cuando se refiere que las grabaciones podrían haber sido alteradas o modificadas, pero sin mayores especificaciones. Los acusados se han acogido a su derecho constitucional a no declarar y las defensas no lo han precisado. Ni siquiera han solicitado el visionado de los videos como prueba documental para que se pudiera comprobar lo alegado por ellos mismos, que las imágenes estaban alteradas o tergiversadas en su interpretación o incluso que existían más imágenes que servían de descargo de lo manifestado por las defensas.

El propio TC en la **STC 190/1992**, admite que “Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente

concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. **Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de "pruebas" artificiosamente conseguidas, se recomienda proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria.** Y como "ya declaró en su **Sentencia de 27 de junio de 1988 (STC 128/1988)** que no cabe negar valor probatorio a las transcripciones de una cinta magnetofónica cuando, como aquí sucede, han sido incorporadas a los autos, no han sido impugnadas en todo o en parte y se dan por reproducidas en el acto del juicio oral".

Así pues, el hecho de que se aporten imágenes como prueba documental no implica sin más que tales pruebas no son válidas y no pueden ser valoradas por el Tribunal porque podían haber sido alteradas. Las defensas no pueden exigir una "prueba diabólica" a las acusaciones en el sentido de que tengan que acreditar que las imágenes eran ajustadas a la realidad cuando en ningún momento a lo largo de toda la instrucción han impugnado de una manera concreta las grabaciones.

## **2º) Por no acudir a juicio quienes efectuaron las grabaciones.**

Se alegó por las defensas la necesidad de que acudieran a juicio quienes efectuaron las grabaciones en base a la **STS 299/2006, de 17-3-2006 (Soriano)**. El supuesto de hecho de esta STS es distinto al del presente juicio, pues se refería a una **grabación efectuada por la Policía de la afluencia de compradores de droga a un domicilio**. Y esas grabaciones tenían como finalidad servir de base para pedir al Juez unas intervenciones telefónicas, que fueron las que finalmente sirvieron de prueba de cargo junto con la entrada y registro domiciliaria y la ocupación de droga. Por eso en dichos supuestos se exige la presencia policial como prueba testifical que es quien presencia directamente los hechos, sirviendo únicamente la grabación como corroboración de tales manifestaciones.

Ya hemos referido anteriormente y de la lectura de las SSTS 485/2013 y 67/2014 lo que se deduce es **que la testifical del operador que graba las imágenes se exige sólo cuando la grabación es la única prueba o puede generar dudas la realidad de lo grabado, cosa que no ocurre en el presente caso en el que tenemos junto a las declaraciones de los Mossos la de las propios víctimas.**

**Esa necesidad de que acuda como testigo quien efectuó las grabaciones es para acreditar que las imágenes se corresponden a los hechos que se estaban enjuiciando. Pero en el presente caso no existe ese problema, pues las grabaciones claramente se refieren al 15 de junio de 2011, porque 1º) de las mismas imágenes se deduce así, pues fue un hecho notorio, y 2º) porque lo han ratificado los mismos testigos que fueron grabados, así como los policías que aportaron las imágenes al procedimiento y realizaron la investigación.**

3º) Por haber transcurrido mucho tiempo hasta que se aportaron los videos y fotos.

En este punto debemos citar la **STS 1.154/2010, de 12.1.2011 (Colmenero)** por delito de **desórdenes públicos, derivado de la obstaculización de las pistas del aeropuerto de El Prat.** En este caso se impugnaba la grabación de videos de Antena 3 TV realizadas en las mismas pistas del aeropuerto. Y sobre la aportación de tales medios de prueba se señala:

*Alegan los recurrentes que todos los CD's y DVD's aportados a la causa no han sido puestos a disposición judicial en los plazos relativamente breves a los que se refiere la jurisprudencia.*

**Aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones.** La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio **en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas.**

*De tales alteraciones, en el caso, no existe indicio alguno, lo cual ha permitido en alguna ocasión a esta Sala rechazar la nulidad del material videográfico, consistente en grabación efectuada por las cámaras de los accesos a una entidad bancaria, que se postulaba por el recurrente basándose en la mera posibilidad de su alteración sin que existiera dato alguno que lo avalara (STS núm. 1336/1999). Y además, **lo que resulta de mayor trascendencia, el contenido de las grabaciones ha sido contrastado y valorado en todo caso como coincidente con prueba testifical.***

En el caso de esta STS los DVD's fueron reclamados a finales del mes de agosto y entregados al Juzgado a finales del siguiente mes de setiembre, por lo que el retraso denunciado no resulta relevante.

En el presente caso, tal y como consta en actuaciones **las cintas fueron remitidas con el segundo atestado OJO, dice que es de 18 de junio de 2011 pero la fecha de entrada en Fiscalía es de 15 de septiembre de 2011,** y así:

- consta al **f.255**, diligencia de recogida de imágenes y que literalmente dice “se entregan en las presentes”, y
- en el **f. 342 y ss.** (236 y ss. de la numeración impresa) la diligencia de remisión de las cintas: un DVD con los recopilatorios fotográficos, los 31 DVD´s y 24 mini DV.

Posteriormente, para facilitar la investigación se elaboró un CD con las imágenes recopiladas y que consta al **f. 3168** y que según se ha comprobado en juicio a petición de las defensas se elaboró el 11 de septiembre de 2011. Pero por las defensas en ningún momento se ha impugnado el mismo hasta el acto del juicio oral, y se trata, por otra parte, de un documento que solo tiene una finalidad de servir de recapitulación de todas las imágenes donde las acusaciones indican la presencia de los acusados.

Por otra parte, en cuanto al contenido de las grabaciones como prueba se dice en dicha **STS1154/2010 (ocupación de las pistas de El Prat)**:

*En lo que se refiere a la integridad de la grabación, es cierto que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se **justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio.***

*En el caso, el Tribunal valora la grabación aportada por Antena 3 TV, muy especialmente en orden a la identificación de los acusados, aunque también a la prueba de su presencia en el lugar, y al momento temporal en que tal cosa ocurre.*

Y en el caso de dicha STS se tomó declaración al cámara de A3 TV que realizó la grabación, pero ello no se establece como un requisito imprescindible para la validez de la grabación. Podría tener importancia en orden a la fiabilidad de la prueba.

#### **-A título de resumen**

Puede servir de recopilación de la jurisprudencia sobre la forma en que ha de practicarse esta prueba la contenida en la **STS 67/2014 , de 28-1-2014 (Sánchez Melgar)**, que después de examinar los requisitos de legalidad constitucional, a los que ya nos hemos referido, dice :

*La misma doctrina jurisprudencial citada viene a destacar que, **supuesta la legitimidad de la filmación, se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir,***

**para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere [1] la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación.[2] Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el juicio oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal. Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que en este supuesto, la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película, sin posibilidad de ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador.** Por esta misma razón "la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad" ( STS de 17 de julio de 1.998 ), exigiendo la doctrina jurisprudencial que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales. Se establecen, por tanto, una serie de exigencias, para evitar la manipulación y asegurar la autenticidad del material probatorio, de las que **la entrega pronta a la autoridad judicial no es más que uno de los procedimientos recomendados al efecto, junto con los demás que se enumeran. Por ello no cabe sobrevalorar la referencia a la entrega inmediata al Juez.**

**Así, en la sentencia de esta Sala de 12-1-2011, num. 1154/2010, se señala que, aunque es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones.** La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la policía, por la obligación que le cumple de informar al juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas, después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas.

Ha de tenerse en cuenta, para concluir sobre este punto, la jurisprudencia del TS sobre las escuchas telefónicas y sobre la necesidad de que han de ser las

defensas las que aleguen que las conversaciones no se corresponden con la realidad y en qué puntos. Como dice la **STS 1075/2004, de 24-9-2004** “constando en autos el material, queda a disposición de todas las partes y si no lo solicitan o si solicitado es denegado, se entienden que lo aceptan implícitamente” o las **SSTS 940/2011, de 27-9-2011 y 210/2012 de 15/03/2012: “cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba [pericial fonométrica] y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad ( SSTS. 3.11.97 ,19.2.2000 , 26.2.2000 ). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes.”**

Así pues, la impugnación efectuada por las defensas en orden a la cadena de custodia en la aportación de las imágenes grabadas, lo que **pretende en realidad es crear en el tribunal una duda razonable sobre la realidad de las imágenes, pero sin aportar datos concretos** que lo avalen y, lo que es más importante, sin que a lo largo del juicio se haya intentado acreditar la existencia de alteraciones; y sin perjuicio de la valoración que pueda concluirse sobre su alcance respecto a las tesis acusatorias.

En definitiva, se exige la conformación de pruebas obtenidas lícitamente, no existiendo una presunción de ilicitud en la actuación de los Mossos, los medios de comunicación y la Fiscalía, ni pudiendo exigirse esa “prueba diabólica”, máxime cuando la defensa ni siquiera ha indicado en qué puntos se han producido las irregularidades.

Como se dice en la **STS 709/2013, de 10-10-2013:**

***“no existen nulidades presuntas y si bien la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora, pese a ello, la Ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias. (...)***

*En principio -dice la STS. 680/2011 de 22.6- y **hasta tanto no se demuestre lo contrario** - y no se olvide que quien aduzca la irregularidad debe probarla- **las actuaciones en el curso de una investigación policial o judicial, deben reputarse legalmente efectuadas.(...)***

*(...) no se señala cuando y en qué momento se produce la vulneración de la cadena de custodia, apuntar por ello la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva ( SSTS. 629/2011 de 23.6 , 1045/2011 de 14.10 ).”*

**En el primer atestado, el 454040/2011, de 16 de junio de 2011,** ya se aporta un DVD con los cortes aparecidos en los medios de comunicación (**f.135 en catalán y f. 361 traducido**) y hubiera sido muy fácil acreditar la alteración de

las imágenes comparando estas aparecidas en los medios y las posteriormente aportadas en el 2º atestado. Ni siquiera esto se ha solicitado por las defensas.

Así pues, por las defensas ni siquiera se ha pedido visionar esos videos que constan a su disposición a lo largo de todo el procedimiento. No pueden así alegar que se ha producido una alteración general de esa prueba y que es ilícita. Se trata de un **problema de fiabilidad** y no de ilicitud.

**En definitiva, entiendo que las grabaciones fueron efectuadas sin vulnerar ningún derecho fundamental y se aportaron al proceso conforme a la legalidad, por lo que debían ser valoradas por el Tribunal como prueba.**

**1.2.- Sobre la identificación posterior: obtención de imágenes de los acusados para contrastar con las imágenes de los hechos y denunciada vulneración al derecho a no declarar contra sí mismo.**

**1.2.1.-**La identificación de los acusados se ha realizado de distintas maneras, y según lo manifestado por el Instructor del atestado, se efectuó por medio de dos pasos:

-En base a gestiones policiales

La realización de gestiones por la Policía, **incluso a través de fuentes confidenciales**, está ampliamente reconocida por la jurisprudencia del TS en base a la doctrina del TEDH relativa a la solicitud de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como las intervenciones telefónicas o las entradas y registros.

Dicela **STS 27/2004, de 13-1-2004:**

*la desnuda confidencia anónima como único indicio no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como ya se dijo en la STS de 10 de Abril de 2001, aunque sí puede servir para iniciar una investigación policial*

*(...) Con relación a los confidentes debe consignarse -nos dice la STS. 534/2009 de 1.-6, con cita de la 1047/2007 de 17.12 -, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990 ). Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos*

fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

*En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999 .*

En idéntico sentido la **STS 661/2013, 15-7-2013 (Antonio Del Moral)**.

Y añade la **STS 676/2012, de 26-7-2012:**

Esta Sala de Casación ha precisado que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciante, como exige el art. 268 LECrim, pero puede ser un medio de recepción de la "notitiacriminis" que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim. (STS 1488/2005, de 13-12).

Así pues, la actuación policial realizada en la identificación de los acusados en base a previas llamadas anónimas o de ciudadanos es legítima si viene seguida de una actuación policial de investigación, que es lo que ocurrió al proceder a contrastar los datos aportados por esas denuncias. **La prueba de cargo no son esas iniciales confidencias, sino que esa fue la vía de inicio de investigación en muchos casos. Y esa posibilidad está plenamente admitida.**

**-La consulta de los ficheros policiales para identificación de los sospechosos. (La cuestión relativa al acceso a las Bases de datos)**

Una vez identificados los sospechosos, por las múltiples vías indicadas por el Instructor y secretario, se comprobó si las identidades manifestadas coincidían con las personas que aparecían en las imágenes.

Se ha planteado por las defensas la vulneración de derechos fundamentales porque la Policía accedió a diversas bases de datos, en concreto, a los denominados ficheros SIP de la Policía catalana para identificar a algunos de los sospechosos, no todos, pues algunos también lo fueron en virtud de llamadas de particulares. O bien a través de las fichas del DNI.

Y dichos datos, que obran en la correspondiente Base de datos se regirá por la regulación específica, en concreto, por la **LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal**. En la protección de datos rige el principio general de consentimiento del afectado en todo lo que se refiere al tratamiento o cesión de sus datos. Pero el **art. 6.2** establece que *“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias”* y el **art. 11.2.d)** tampoco exige el consentimiento del afectado en la comunicación de datos *“Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.”* Y el **art. 21** regula la comunicación de datos entre Administraciones públicas: *“1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas”*.

Y el **artículo 22** regula los Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

*1. Los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.*

*2. La recogida y **tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios** para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o **para la represión de infracciones penales**, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.*

En el presente caso se trataron datos recogidos en las propias Bases de datos de los Mossos, las SIP, a los efectos de una investigación concreta de un delito. Y dicha actuación está amparada por la LO 15/1999 y no vulnera el derecho del art. 18.4 CE

Por otra parte, en lo relativo al acceso a las bases de datos del DNI, hay que destacar que la obligatoriedad de identificación de todos los ciudadanos mayores de 14 años mediante el DNI está prevista legalmente, por una L.O., la **Ley O. 1/1992, de Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992**, que en su art. 9 establece la obligatoriedad del DNI para todos los españoles mayores de 14 años, documento en el que figurará el nombre y la fotografía, y que tiene como finalidad la identificación de los ciudadanos.

Y según la LO 15/1999 podrían transferirse los datos de una base a otra, del CNP a los Mossos, a los efectos de las competencias propias, es decir, la investigación de delitos.

Así pues, si las FCS del Estado tienen competencia para investigar el delito y averiguar la identidad de los supuestos autores, según los **arts. 126 CE, 282 LECrim. y 11.1.g) de la LOFCS 2/1986**, de 13-3-1986, es evidente que en cumplimiento de sus funciones pueden acceder a tales bases de datos.

Tal posibilidad viene además reconocida por el TS y el TC en materia de las bases de datos de ADN.

En efecto, la **STS 949/2006, de 4-10-2006**, relativa a la condena de un miembro de ETA en base a las muestras de ADN recogidas de una colilla y un vaso, y confirmada por la **STC 13/2014, de 30-1-2014**, dice:

*En relación a la vulneración del art. 18.4 CE que consagra el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que debe entenderse como aquel que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuando, como y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación.*

*No obstante **este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante.***

*En la Ley de Protección de datos se establece en el **art. 6** la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones.*

***"No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recogen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias"***

*(...) Legislación nacional que se ve reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 8 proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que solo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley, y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley, cuando se trate de*

*medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.*

*(...)la policía judicial tiene como imperativo constitucional, art. 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y su autoría, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como se recoge en el art. 282 que expresamente faculta a la Policía Judicial para recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Se trata, en todo caso, de actos de investigación policial. En este sentido puede citarse las SSTs. 7.10.94 EDJ 1994/8005, 9.5.97, 26.2.99, 26.1.2000 que precisan que los arts. 326 y ss. LECrim se han de poner en relación con los arts. 282 y 786.2 (actual 770.3), del mismo Texto Legal y con el Real Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.*

En idéntico sentido, la **STC 43/2014, de 27-3-2014**, que confirma la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2005 que condenó al recurrente como autor de un delito de daños terroristas, así como la STS de 20 de marzo de 2006 que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la misma. Y se remite a la **STC 199/2013** en lo relativo a la falta de vulneración del derecho a la intimidad.

Y esta **STC 199/2013**, dice:

*se aduce que el demandante no consintió la recogida de la muestra, sino que fue recogida de modo subrepticio mientras estaba detenido, lo que supuso la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación.*

*Al respecto hemos de señalar que es ya doctrina muy consolidada (por todas STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6) que “los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.”*

*Pues bien, en el presente caso no se advierte qué declaración autoinculpatoria ha efectuado el demandante de amparo. Aun cuando hiciéramos abstracción de que la cuestión no se suscita con relación a una declaración del demandante (ámbito al que se restringe el derecho fundamental invocado, SSTC 103/1985, de 4 de octubre, y 76/1990, de 26*

de abril, FJ 10) sino a una acción consistente en arrojar saliva, no se aprecia que la acción del demandante estuviese motivada por el empleo sobre él de vis física o moral alguna. Ni se vio forzado a escupir como consecuencia de las condiciones de la detención, ni se advierte ni aduce haber sido objeto de engaño alguno. Consecuentemente, la libertad con la que se produjo la acción de escupir cuando se abandonaba la celda permite descartar la invocada lesión del derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo. Ni siquiera desde la mayor amplitud que hemos conferido a la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra él así compelido —que deriva del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia—, cabe apreciar la lesión aducida. En primer lugar porque “tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. **La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva**”; y en segundo término porque “[l]os mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución.” (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6).

(...)

hemos de abordar si el análisis del ADN del demandante, al implicar una injerencia en su intimidad, precisaba resolución judicial que autorizase su práctica. Consecuentemente, el enfoque constitucional de la cuestión suscitada que nos es propio ha de gravitar sobre el cumplimiento de los requisitos que la Constitución exige para la limitación del derecho a la intimidad.

6. Lógicamente, con carácter previo, hemos de recordar la doctrina de este Tribunal en torno a la configuración constitucional del derecho a la intimidad personal, con particular atención a las resoluciones dictadas en asuntos que guardan alguna semejanza con el que hemos de resolver, contribuyendo así a perfilar las especificidades de este concreto supuesto.

a) Este Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad personal “en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” [por todas, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 B); 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2]. De forma que la intimidad personal “es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni

concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental” (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). En todo caso, “lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio” (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). En el mismo sentido la STC 119/2001, de 24 de mayo, expresa que “estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las incidencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (FJ 5). Por lo que nos hemos preocupado de afirmar que “el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas” (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 2 a), que sigue en este aspecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia).

b) Ya en relación con supuestos que guardan proximidad con el asunto que se somete a nuestro enjuiciamiento, hemos afirmado que las intervenciones o reconocimientos corporales, aun cuando por sus características e intensidad no supongan una intromisión en el derecho a la integridad física, sí pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretende averiguar, cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar. Así, en el caso resuelto en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, llegamos a la conclusión de que la intimidad personal se veía afectada cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello “si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser”. Es decir, se trata de información objetivamente perteneciente al círculo de lo íntimo cuya revelación podía tener una incidencia especial por “la condición de guardia civil del imputado al que se ordena soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario” [FJ 3 B)]. A la misma conclusión llegamos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, con ocasión de un análisis de orina realizado a un trabajador de quien se descubre que había consumido drogas, donde manifestamos que “una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera privada de la persona” (FJ 5). Por su parte, en la STC 25/2005, de 14 de febrero, se arranca de que la información relativa al consumo de

alcohol afecta a la intimidad personal y que, consecuentemente, la resolución judicial que acordó incorporar al proceso la analítica obrante en el historial clínico para que el médico forense emitiera informe sobre la tasa de alcohol en sangre del demandante supone una injerencia en la intimidad personal. Finalmente, la STC 206/2007, de 24 de septiembre, en un caso en que la Guardia Civil ordenó un análisis de sangre del imputado sobre las muestras que le habían sido extraídas en el hospital con fines terapéuticos para determinar su nivel de alcohol, constatamos que la determinación de si el afectado había consumido alcohol y cuál era su grado de impregnación alcohólica supone una injerencia en la vida privada de la persona.

De todo lo anterior conviene retener que en la totalidad de los supuestos de los que acabamos de dar cuenta el conocimiento que se adquiere a través de las actuaciones del poder público frente a las que se demandaba amparo se refería a aspectos que incidían en la esfera reservada o íntima de las personas concernidas (consumo de drogas, consumo de alcohol), razón por la cual afirmábamos la existencia de injerencia en la intimidad personal en atención a la finalidad a la que se encaminaban aquellas. Constatada la afectación a la intimidad, se aborda el examen de si la injerencia estaba o no constitucionalmente justificada, examen que concluyó con resultados diversos.

c) En relación con la utilización de las pruebas de ADN como medio de investigación y prueba en el seno del proceso penal, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse más que sobre aspectos tangenciales (condena impuesta por delito de desobediencia por negarse a la práctica de tales pruebas: ATC 405/2006, de 14 de noviembre) que ahora no resultan relevantes. En cambio sí contamos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre aspectos que, aunque no idénticos, proporcionan algunos criterios de utilidad a fin de resolver el presente recurso de amparo de conformidad con el mandato establecido en el art. 10.2 CE, y que ponen de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN.

En efecto, la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido, abordó la cuestión de si se vulneraba o no el derecho a la vida privada como consecuencia de que las autoridades policiales conservasen indefinidamente las huellas dactilares, las muestras celulares y los perfiles de ADN de dos personas (obtenidas mientras se encontraron detenidas) una vez que había concluido sin condena el proceso seguido contra ellos (en un caso por absolución y en otro por archivo de la causa tras retirarse la denuncia formulada). En los § 68 a 77 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la información conservada en las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN constituyen datos de carácter personal al referirse a personas identificadas o identificables. Por lo que se refiere a las muestras celulares, aprecia que la cantidad de información personal contenida en ellas conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal

información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto. En lo relativo a los perfiles de ADN el Tribunal Europeo de Derechos Humanos razona que contienen menos información personal, pero que su tratamiento informatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar que descubran el vínculo genético entre personas, así como el origen étnico, cualidades que son indudablemente susceptibles de lesionar el derecho a la vida privada. Por todo ello concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio”.

En el mismo sentido, en la decisión de inadmisión adoptada el 7 de diciembre de 2006 (caso Van der Velden c. Países Bajos, 29514/05) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó la queja formulada en relación con la obtención de una muestra biológica de quien había sido condenado por un grave delito a fin de conservar su perfil de ADN, incluirlo en una base de datos y utilizarlo en la prevención de la comisión de delitos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta que la obtención de la muestra bucal constituyó una intromisión en la intimidad del demandante y pone de manifiesto que en relación con la obtención y recopilación de huellas dactilares había considerado que no afectaba a la intimidad, pero que dado el uso que puede hacerse del material celular en el futuro, la sistemática retención de ese material **excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales**, y que es suficientemente invasiva para considerarla intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 2).

Como se desprende de lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa el origen de la lesión en que la conservación de las muestras biológicas y los perfiles de ADN utilizados para la identificación supone, en sí misma considerada, una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares. De modo que, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, la cuestión se desplaza a la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio de Roma. Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justificase la injerencia apreciada, se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado — conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos— de aquellos otros casos en los cuales “la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (§ 100). El reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos

delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso “con vestigios anteriores conservados en la base de datos” (§ 116). La censura se realiza, por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente” (§ 119). Por su parte, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acabado de realizar interesa retener que para ese Tribunal el peligro potencial de revelación o de acceso a datos que inciden en la intimidad personal constituye en sí mismo una injerencia en el derecho a la vida privada (si está o no justificada es cuestión a analizar con posterioridad). Y esto es lo que sucede en el caso sometido a nuestra consideración, pues el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo en el que ahora centramos nuestra atención, supone ya una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tales análisis pudieran derivarse. Sobre la relevancia que habrá de tener el hecho de que, en efecto, el riesgo potencial aludido no llegase a actualizarse, hemos de volver más adelante, de modo que basta ahora con la constatación de la existencia de injerencia en el derecho fundamental concernido.

7. Constatado que la realización del análisis del ADN del demandante de amparo supuso una injerencia en su derecho a la intimidad por su mera puesta en riesgo, hemos de analizar si tal injerencia se ha producido o no de forma constitucionalmente conforme.

Nuestra doctrina al respecto, partiendo del carácter no ilimitado de los derechos fundamentales, viene declarando (entre otras STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) que no podrá considerarse ilegítima “aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos **(STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)**”. **En esta misma Sentencia recordábamos que “aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad —a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE—, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información.** Precizando esta doctrina, recordábamos en la **STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10** (resumiendo lo dicho en la STC 207/1996, de 16 de

diciembre, FJ 4), que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3).”

8. En cuanto a la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, con reiteración hemos afirmado que lo es la investigación del delito y, en general, la determinación de los hechos relevantes del proceso penal (SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6), “pues la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE” [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a); y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9] y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2]. En el mismo sentido y precisamente en relación a las pruebas de ADN, ya hemos dejado constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está “destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido, ya citada § 100).

Pues bien, la específica prueba pericial consistente en la obtención del ADN del demandante a partir de su saliva se produjo con la finalidad de ser comparado con el obtenido a partir de la muestra biológica hallada en una manga utilizada en la realización de un hecho delictivo, y tenía por objeto el descubrimiento de la persona que había utilizado la mencionada manga en la perpetración de unos hechos delictivos de notable gravedad como lo son los de daños terroristas por los que finalmente fue condenado el demandante. De ahí que no quepa dudar de la concurrencia del fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.(...)

10. En cuanto a la necesidad de autorización judicial, recordábamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, (y últimamente en la STC 115/2013, de 9 de mayo) que “a diferencia de lo que ocurre con otras medidas

*restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, establecimos que era ‘sólo posible por decisión judicial’ (FJ 7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ 8).” En particular, hemos admitido que la actuación policial pueda ser necesaria en atención a la urgencia de la actuación, el modo de comisión del delito o su gravedad (STC 173/2011, de 7 de noviembre). (...)*

12. Del propio modo ha de descartarse la lesión del derecho a la autodeterminación informativa reconocida en el art. 18.4 CE, la cual se habría producido, según el demandante de amparo al introducirse su perfil de ADN en una base de datos policial que carece del registro correspondiente en la Agencia de Protección de Datos y al margen del consentimiento del afectado o de resolución judicial que exige la Orden de 2 de septiembre de 2003, del Consejero Vasco de Interior, reguladora del fichero.

La doctrina de este Tribunal se ha ocupado de delimitar el objeto de los derechos a la intimidad y a la protección de datos en la **STC 292/2000, de 30 de noviembre**, y, a partir de ello precisar el haz de facultades y de límites en que el derecho a la protección de datos consiste. En tal sentido afirmábamos que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.”

En la misma Sentencia delimitábamos el contenido del derecho afirmando que “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa

posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” **Ahora bien, al igual que respecto de otros derechos constitucionales nos hemos ocupado de recordar que no tienen carácter ilimitado** y, en concreto por lo que ahora importa, en la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre, precisábamos que “la Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos ‘salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas’ (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE [por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a); ATC 155/1999, de 14 de junio]. Y las SSTC 110/1984 y 143/1994 consideraron que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (art. 31 CE) como bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 CE.”

Pues bien, de conformidad con la anterior doctrina, no cabe duda acerca de que el perfil de ADN del demandante de amparo obtenido a partir de su saliva **identifica** a la persona. Es más, en el caso sometido a nuestra consideración fue obtenido precisamente con fines identificativos y sólo identificativos a la vista de las regiones de ADN no codificante que fueron analizadas. Ahora bien, no puede decirse que en el indicado perfil genético (el obtenido con efecto identificativo neutral) se incorporen otro tipo de datos que puedan contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona en sus aspectos “ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo” (STC 292/2000, acabada de citar), que es al ámbito de protección dispensada por el art. 18.4 CE.

En segundo lugar, ha de resaltarse que la identificación del demandante de amparo como la misma persona que portaba la prenda a modo de capucha al perpetrarse los hechos delictivos enjuiciados en el proceso a quo, no se produjo como consecuencia de la incorporación del perfil genético identificativo del demandante a una base de datos de personas sospechosas, sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que fueron obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de distintos hechos delictivos (videl acta del juicio oral folio 131 de las actuaciones remitidas). En las

resoluciones judiciales no se afirma que la condena del demandante de amparo traiga causa de la incorporación del perfil de ADN del demandante a una base de datos de sospechosos de haber cometido hechos delictivos, razón por la cual hemos de detener aquí nuestro análisis, toda vez que de haberse producido tal hipotética inclusión se trataría de una actuación sin incidencia en el acto del poder público frente al que se demanda amparo.

Por lo demás nada impediría al demandante reaccionar contra esta pretendida e hipotética conservación de su perfil de ADN solicitando la eliminación del perfil de la base de datos a la que afirma que se incorporaron, lo que no consta haberse efectuado, de suerte que la lesión denunciada no sólo se construye sobre hechos no acreditados cumplidamente sino que tampoco se habrían agotado los remedios disponibles para lograr su reparación primero ante la Administración y luego, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria en términos semejantes a los acontecidos en caso resuelto en la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido.

En tercer lugar, ya hemos señalado que **la obtención de los caracteres identificativos del demandante a partir del análisis de los sectores no codificantes de su ADN se produjo para una finalidad constitucionalmente legítima como es la investigación de un grave delito relacionado con actividad de violencia callejera** en la que el demandante de amparo admitía haber participado y a la que ya nos hemos referido con anterioridad. Pues bien, “el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5)”. Pero es que tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvo, ni que haya sido objeto de cesión o tratamiento distinto de aquél para el que se obtuvo.

Consecuencia de todo lo expuesto es que ni en la obtención de la muestra biológica del demandante de amparo que éste arrojó voluntariamente, ni en la obtención del perfil de ADN a partir de la misma, ni, finalmente, en su comparación con el obtenido a partir de los vestigios hallados en el lugar de los hechos enjuiciados, se vulneraron los derechos fundamentales aducidos en la demanda que habrían convertido en ilícita la prueba fundamental sobre la que se sustenta la condena del demandante. Decae por ello la supuesta ilicitud de la prueba sobre la que se asienta la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, en el presente caso, tal y como expuso el M.F. en el acto del juicio oral, ni siquiera se trataba de actos de investigación policial, sino que estaban amparados 1º) por el decreto de la Fiscalía de Barcelona que ordenó a los Mossos que investigaran el delito; y 2º) posteriormente, por la correspondiente

intervención del Juez Central de Instrucción que había acordado la identificación de las personas que aparecían en las imágenes aportadas.

### **1.2.2.- La realización de fotografías a los sospechosos para su comparación con las imágenes que obraban en actuaciones y el derecho a no declarar y la falta de asistencia letrada**

Tal cuestión se ha alegado por las defensas en el sentido de que la realización de las fotografías de los imputados para poder ser identificados vulneraría el derecho a no declarar. Sin embargo, en diligencias relativas a intervenciones corporales, como son la exploración de cavidades personales, las muestras de sangre o de cabello, las exploraciones radiológicas, la espiración de aire para una prueba de alcoholemia, o como en el caso presente, una fotografía, tales actuaciones no afectan al derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo, pues no se obliga al imputado a adoptar una conducta activa en dichos supuestos.

Hacia la defensa mención a la diligencia de la prueba de alcoholemia, y en efecto, así lo prevé la **STC 103/1985**, FJ 3 en que se dice:

*el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución.*

Y en cuanto a la crítica relativa a la falta de letrado hay que resaltar que la **STS 709/2013, de 10-10-2013**, referente a la asistencia de letrado en la prestación del consentimiento para que por la policía se tome muestras de ADN, dice:

***“tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente” ( SSTC. 32/2003 y 475/2004, y SSTS. 314/2002 , 697/2003 , 429/2004, 922/2005 , y 863/2008” efectúa las siguiente observaciones:***

***1º) La toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos (SSTS. 803/2003, 949/2006, 1311/2005), salvo levemente al derecho a la intimidad el cual puede verse limitado en aras a la investigación penal, incluso sin autorización judicial (registros o cacheos corporales policiales).***

***Por tanto, no resulta aplicable la jurisprudencia que extendió la asistencia letrada a la prestación del consentimiento del detenido***

**para la entrada y registro porque aquella contemplaba la inferencia clara de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio ( art. 18.2 CE.).**

La LO. 10/2007, tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, 1, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la incorporación en la base de datos de ADN, no codificante a los solos efectos identificativos (art. 4), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan relevarse otros datos genéticos (enfermedades, antecedentes familiares, etc.).

**2º) La asistencia letrada al detenido se limita legalmente a los interrogatorios y reconocimientos de identidad, entendiéndose estos últimos como reconocimientos en rueda y no como las identificaciones policiales derivadas por ejemplo de la huella dactilar. Extender esta asistencia letrada a la reseña dactilar o fotográfica sería tan improcedente como a la reseña genética.**

La toma de muestras de ADN no es un interrogatorio ni reconocimiento de identidad (por analogía, ver jurisprudencia del TC sobre pruebas de alcoholemia desde S. 4.10.85).

La toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial.

(...) En este punto no resulta ocioso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, SS. 25/2011 de 14.3 y 62/2009 de 9.3 , en orden a que ""la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE , se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional ( SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo; 237/2001, de 18 de diciembre, entre otras muchas)". Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés,

*negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo; 141/2005, de 6 de junio; o 160/2009, de 29 de junio). Asimismo, "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (SSTC 185/2003, de 27 de octubre , y 164/2005, de 20 de junio).*

*En el caso analizado el letrado del recurrente tuvo conocimiento de que se iba a practicar diligencia de ratificación del consentimiento prestado en su día por su defendido, que se encontraba interno en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, por lo que tuvo oportunidad para entrevistarse con él con anterioridad a su práctica y asesorarle sobre tal extremo o estar presente en dicho momento solicitando del juzgado la comunicación del día y hora de su práctica.*

Pero es que además, en el presente caso, consta:

- al f. 1093 Informe de la policía al Jdo: Alessia Borge, Ignacio Antolino, Álvaro Cano y José María Vázquez Moreno no han comparecido en las dependencias de Policía científica de los Mossos a pesar de haber sido citados judicialmente **(en sus declaraciones ante el Jdo.)**

- al f. 1098.- escrito de la defensa de los cuatro: no van a acudir, se acogen a su derecho de no declarar contra si mismos.

-al f. 1110 a 1119.- Recurso reforma defensas de los cuatro contra la providencia de 13 de Octubre que emplaza a los imputados en la sede de la AN a fin de que realicen reseña fotográfica.

- Resuelto en f. 1790 por auto de 25-10-2011, entendiendo como la citada diligencia de toma de distintas fotografías a cada uno de los imputados, no concluye limitación alguna del derecho a la intimidad, a la libertad deambulatoria, ni a no declarar contra uno mismo.

- Y en f. 2154 la Sala lo ratifica: Auto de la sala de 30 de Noviembre de 2011 desestimando apelación contra prueba fisonómica.

Así pues, los acusados estuvieron debidamente asesorados y se opusieron en virtud de ese asesoramiento a ser identificados y reseñados, compartiendo en este momento, y por las razones ya expuestas la corrección del auto de 25.10.2011, y la no afectación en dicha diligencia de derecho fundamental alguno.

Y es en base a dicho expuesto doctrinal donde disiento del razonamiento jurídico contenido en la sentencia. En primer lugar disiento de la ausencia de

título legal que amparara la detención de seis de los acusados, mientras se encontraban en la ciudad de la Justicia el 6 de octubre de 2011. En primer lugar recordar cómo eran conocedores de la existencia de la causa judicial, así como de la dirigencia que se había acordado en sus personas, que no era otra que la comparecencia en sede policial para recibirles declaración y materializar la realización de un estudio fotográfico, que no diligencia de reconocimiento como entiendo amablemente que erróneamente se expone en la sentencia dictada, dirigido a facilitar posteriores estudios fisionómicos. Recordar como no se presentan ante la autoridad judicial competente, Juzgado Central de Instrucción nº 6, que podría actuar lo que estimara oportuno, sino en la forma recogida en la sentencia, y que bien puede exponer una forma de obstaculizar la realización de las diligencias que venían practicándose bajo la supervisión de la autoridad judicial. Esa propia actitud de obstrucción, más allá del ejercicio del derecho de defensa podía habilitar la misma detención; independientemente de que pudiera haberse practicado en una forma menos lesiva en las formas, y esperando un momento más oportuno, o incluso una resolución judicial ante el desarrollo de los acontecimientos. Estimando que la detención era legal desde un punto de vista material, concluyo necesariamente sobre la legitimidad de las diligencias practicadas en su desarrollo temporal (reportaje fotográfico de los acusados). Caso de haber entendido, como la mayoría del Tribunal, la ausencia de título para la privación de libertad, así como la índole de la lesión de un derecho tan relevante, nunca hubiera estimado ausencia de conexión de antijuridicidad. Independientemente de la posibilidad real de articular la diligencia de reportaje fotográfico por otros medios, el alcance de la lesión del derecho fundamental que se dice por la mayoría, hubiera exigido una respuesta final distinta. Y ello con independencia de como expongo la legitimidad de la actuación policial al menos en el contexto principal, el de su materialidad.

Sucesivamente disiento de que se pretenda equiparar la realización de dichos reportajes fotográficos con diligencias de reconocimiento (arts. 368, 369 LECrim), ni con supuesta declaraciones; conclusiones que exigirían la asistencia letrada dada la situación de detención. Del expuesto jurisprudencial analizado estimo que las mismas adolecen de ese significado. Y es más, estimo que la propia sentencia avala tal conclusión cuando estima que la práctica de esa diligencia no conforma limitación propia de derecho fundamental, que por tal razón podía ser realizada por la propia autoridad policial, como ello determinaba la ausencia de exigencia de una previsión legal de calidad como confirme el TEDH. Si bien es cierto que la no limitación de derecho fundamental, no conlleva necesariamente que en esa diligencia no deba intervenir el letrado, si se concluye en el presente caso. La presencia letrada de conformidad al art. 520 , y LECrim, está recogida para supuestos en que el principio de presunción de inocencia, derecho de defensa y a no confesarse culpable del art. 24 CE puede verse afectado (declaración y reconocimiento). La diligencia "sui generis" de reconocimiento fotográfico no puede entenderse a esos fines de reconocimiento, sino de captación de rasgos personales, equiparables al sometimiento a la prueba de alcoholemia, extracción de componentes biológicos sin afectación de derecho fundamental, y que permitan la formalización de posteriores informes periciales. Estimo por lo tanto que, no tratándose de una diligencia de reconocimiento propia y en esencia, no exigía la presencia letrada, sin perjuicio que su realidad fuera

aconsejable en términos de proponer un derecho de defensa integral desde el primer momento. Deseo de procedimiento cuya inobservancia entiendo no lleva aparejada la consecuencia que estiman mis compañeros.

Por lo expuesto el conjunto de la prueba documental, archivos gráficos son susceptibles de valoración, ajustándose a la legalidad constitucional y ordinaria.

**Una vez analizadas las cuestiones previas, procede entrar a concluir el juicio histórico.**

**2.-Prueba sobre la existencia de un grupo de personas cuya voluntad consensuada, aunque se materializara en el preciso momento de acontecer los hechos, no era otra que la de impedir que los diputados entraran en el Parlamento para debatir los presupuestos, bien de causar en los mismos una concreta inquietud a la hora de formalizar su posición en los debates parlamentarios que habían de tener lugar ese día. Grupo de personas distinto de aquel mayoritario y que de una forma activa, no meramente pasiva, pero acorde con los valores esenciales en un estado de derecho, articulaban su contrariedad con políticas económicas que se calificaban de restrictivas.**

(i) En primer lugar dejar constancia del conjunto de la prueba documental, articulada por el material video y fotográfico, que fue objeto de exposición diversa en el acto del juicio oral, principalmente como complemento o desarrollo de las distintas testificales. En esos términos cobra relevancia como se analizan diez acontecimientos, como en ellos intervienen 46 personas susceptibles de ser identificadas, si bien finalmente se ofrecen como posibles 20. Y como, tal ha quedado reflejado en el relato de hechos probados, la mayoría de ellos se involucran en varios de esos diez acontecimientos susceptibles de concluir un acometimiento a otros tantos parlamentarios.

(ii) Testifical del President de la Generalitat, así como de la gran mayoría de los parlamentarios que comparecieron en las sesiones del juicio oral:

-Ana Isabel Marcos Villar, manifestó sobre la existencia de grupos de personas que la amenazaban, que le impedían el tránsito, de cómo la agarraron por el brazo, de cómo una persona que se asemejaba a un reportero gráfico, y ante la petición de ayuda, se limitó a contestarla: “ahora toca sesión fotográfica”, como tuvo que ser asistida consecuencia del estado de nerviosismo, pautándosele un concreto tratamiento médico.

-Josep M. Llop i Rigol. Destacar en un primer momento como se trata de una persona invidente y que iba acompañado de su perro guía, así como de otro parlamentario, Sr. Turrull. Refirió como les empujaron, como alguno tiraba de la correa de su perro guía, lo que le generó la correlativa preocupación al poder derivar la situación en secuelas para el animal. Como proferían hacia ellos expresiones tales como “os vamos a matar, convergentes hijos de puta”. Como les escupían. Como al final pudo salir del lugar, como fue “rescatado” por la comitiva presidencial, y como estando dentro de uno de estos vehículos, éste fue golpeado.

-Gerard Martí Figueras, como había distintas personas que impedían el paso, como forcejearon contra el mismo, como le sustrajeron el maletín que portaba, como al final pudo introducirse en una furgoneta antidisturbios.

-Salvador Mila i Solsona. Manifiesta como no tuvo ningún incidente, entró sin problemas, le interpellaron amablemente. No obstante de la documental que examinaremos en momentos posteriores parece observarse algo distinto a lo percibido por el honorable.

-Joan Boada Masever. Recuerda algún insulto, manifestó que no sintió riesgo para su integridad, pero tampoco tranquilidad, que fue escoltado por mossos y como hubo de saltar entre dos furgonetas antidisturbios, y que habían sido colocadas para impedir que los violentos pudieran continuar con el acometimiento definido en el relato de hechos probados.

-Alfons López i Tena. Como distintas personas le lanzaron botellas de agua, como no sintió miedo, pero sí se sintió coaccionado al no dejarle entrar en el Parlamento.

-Artur Mas i Gavarro, como ante el grupo de personas que ejercían violencia hubo de entrar en el Parlamento con medios excepcionales, y como fue la primera vez.

-Santiago VilaiVicente. Manifestó como un grupo de personas impedía su acceso al Parlament, como le insultaban, como le escupían, le tiraban agua, le decían que iban a impedir que entrara allí, y como fue debido a la intervención de los antidisturbios que pudo acceder a la alta institución.

-Jordi Turrull. Sus manifestaciones son sustancialmente idénticas a las del h. Josep M. Llop.

-Ernest Maragall. Refiere como no sufrió concreta violencia en su persona, no obstante, tal y como analizaremos posteriormente, de la documental sólo cabe concluir como fue la intervención de los mossos la que permitió que pudiera acceder al Parlament y garantizara su integridad.

(iii) Testifical de Manuel Delgado Ruiz, sociólogo propuesto por la defensa. Reconoce la existencia de un grupo de personas más violentas al referir como había manifestantes que les indicaban: “no les toquéis”. Incluso manifiesta que le llamó la atención que la Policía no interviniera, dada la tensión creada, y que esa fue la causa de que abandonara el lugar sobre las 9.20, habiendo llegado a las 7.

(iv) Declaración de distintos agentes de los mossos d’esquadra:

-11197, pertenece a la escolta del President. Refiere como personas se lanzaron al vehículo y lo golpearon, como hubieron de modificar la trayectoria.

-5420, pertenece a la misma escolta presidencial, conducía el vehículo en que viajaba el President. Como un grupo de personas se lanzó al vehículo, como causaron daños, como hubieron de modificar la trayectoria, como habían tenido que recoger al Sr. Llop y a su perro guía, como marcharon a la comisaría de Bolivia.

-3630, pertenece igualmente a la escolta presidencial, iba de copiloto en el vehículo ocupado por el President. Al igual que los anteriores subraya como hubieron de recoger, entre otros, al Sr. Llop y a su perro guía, como zarandearon el vehículo, como lo golpearon, como trataron de abrir las puertas, como trataron de pararles cuando giraron hacia la c/ Laietana, ratificándose en la identificación de las personas que obran a los fotoprinters f. 450 ss. y 464 ss.

(v) Manifestaciones del agente de los mossos 3295, instructor del atestado obrante a los folios 122 ss. Referir como se pone en conocimiento de la Fiscalía de Barcelona, y ante previos antecedentes, la posibilidad de que en la manifestación comunicada para el día de los hechos, podían acontecer incidentes.

(vi) Manifestaciones del instructor del atestado formalizado para la investigación de los hechos, mosso 2362. Refiere como se solicitó, a través de la Fiscalía, la entrega de material que contuviera descripción de los hechos. Como a partir del mismo se pudieron individualizar diez acontecimientos concretos; acontecimientos que se han relacionado en la relación de lo que entiendo hubiera debido ser el relato de hechos probados. Eventos a los que hemos hecho referencia en el apartado (i), y que seguidamente explicitaremos más en concreto.

### **3.- Prueba de que determinadas personas desarrollaron conducta de violencia, intimidación o amenaza a los anteriores fines**

A este alcance hemos de reiterar la prueba testifical analizada previamente, pasando a referir el estudio de la prueba documental (video, fotoprinters y fotografías) sobre cada uno de los diez acontecimientos que dentro de la integridad histórica se han individualizado para su clarificación. Documental que ha sido visionada en el acto del juicio oral en la forma que ya hemos expuesto. Así:

**(i) Los hechos relacionados con la denominada “cápsula presidencial”, bloque 1.** La documental citada deja constancia de al menos tres personas golpeando el vehículo presidencial, como estaba escoltado por motos oficiales, lo que despejaba cualquier duda razonable sobre su ocupante, y como una de esas personas, cuando aquél modifica la trayectoria para evitar mayores males, lanza hacia la carrocería, independientemente de que no la alcance, un cono de los de seguridad.

**(ii) Hechos relacionados con la honorable Montserrat Tura, bloque 2.** Se observa como una persona se le acerca por detrás, y como pinta sobre la espalda del abrigo/gabardina que vestía.

**(iii) Hechos relacionados con el honorable Joan Boada y Maseguer, bloque 3**

En los fotoprinters 7.4 y 7.6, así como en el mismo desarrollo de los acontecimientos en el video visionado se observa a uno de los intervinientes poniéndole la mano en el brazo, a personas arrojándole líquidos y a una última en actitud agresiva y que abalanzándose debe ser apartada. Actitudes que determinan a que el honorable huya saltando entre dos furgonetas.

**(iv) Hechos relacionados con los honorables Gerard Figueras i Alba y Alfons López Tena, bloques 4 y 6**

Respecto al honorable Figueras i Alba, se observa a un varón tratando de quitarle el maletín que portaba, así como agarrándole para impedirle la deambulaci3n. Tambi3n se observa a una persona corpulenta que levanta los brazos, y al estar apoyado por otros, dificulta ostensiblemente la deambulaci3n de dicho parlamentario, así como la del tambi3n honorable López Tena.

Respecto al honorable López Tena, aparte de lo expuesto, se ve a varios hombres y mujeres agarrándole, agrediendo, una mujer poniendo ademán de boxeador.

El conjunto de las fotos exhibidas y video visionado en el acto del juicio oral sobre estos eventos resultan de especial expresividad sobre el acometimiento a los honorables citados.

**(v) Hechos relacionados con los honorables Llop y Turull, bloque 5**

En video visionado se observa a una persona que les increpa, como refiere “si no entran no votan”, y a otro que refiere que se les deje.

**(vi) Hechos relacionados con el honorable Ernest Maragall i Mira, bloque 7**

En video visionado en el acto del juicio oral se le observa rodeado por distintas personas y como la policía le rodea con la única finalidad posible de protegerle y permitir su acceso al Parlament.

**(vii) Hechos relacionados con la honorable Isabel Marcos i Vilar.** Respecto a estos hechos no se cuenta con documental gráfica que adveren su desarrollo.

**(viii) Hechos relacionados con el honorable Salvador Mila i Solsona, bloque 9.**

Se ve a una mujer a la que debe apartar dada su agresividad y a otra con gesto desafiante y a quien se puede observar en distintos de los eventos individualizados.

**(ix) Hechos relacionados con el honorable Santi Vila i Vicente, bloque 10**

En los videos, fotoprinters y fotografías visionadas en el acto del juicio oral, se observa de manera clara como distintas personas forman una muralla humana que impide la deambulaci3n del honorable, quien tiene que permanecer parado. Se ve como alguna de las personas allí congregadas le acomete, y todos ellos esa fuerza física de impedir el trayecto, profiriendo insultos y amenazas, tal y como indic3 el mismo honorable, y ya se ha consignado. Destacar como debe ser protegido por los antidisturbios, e incluso en ese momento, los participantes no cesan en el ejercicio de actitudes violentas. Debe subrayarse como alguno de ellos, tal y como se explicitar3 al analizar la prueba sobre concretas participaciones, hacia adem3n de taparse la cara, y que implica la consciencia del alcance de lo que venía materializando.

**4.- Prueba de la intervenci3n de cada uno de los acusados en los hechos**

**(i) Los hechos relacionados con la denominada “c3psula presidencial”, bloque 1.**

Primeramente hay que dejar constancia de como la acusaci3n se formaliza en las personas que se identifican en la causa con los n3meros 17 (Javier Tadeo Orellana de Villalonga), 7 (Daniele Vinci), 42 (Rub3n Molina Mar3n) y 18 (Crist3bal Nicol3s Araya Bruna, 3ste en situaci3n procesal de rebeld3a, raz3n que excluye la pertinencia de cualquier valoraci3n).

En la sentencia dictada, por la mayor3a se deja constancia, al menos no se discute, de la perfecta identificaci3n de Javier Tadeo Orellana. Esta circunstancia excluye la necesidad de cualquier complemento en dichos t3rminos. Tambi3n hemos de compartir la referencia a la conducta acreditada en su persona, el levantar un brazo en referencia a la comitiva presidencial, careciendo de la necesaria univocidad para concretar si simplemente trataba de avisar de la situaci3n conflictiva indicando v3a de salida, o cualquier otra. Este hecho en conexi3n l3gica con su no intervenci3n en ning3n otro de los hechos objeto de estudio individualizado, concluye en la necesaria absoluci3n.

Por el contrario en relaci3n a Rub3n Molina Mar3n y Daniele Vinci, hemos de disentir tanto de su identificaci3n, como del alcance de la conducta que se les imputa, y que en el relato de hechos probados he declarado como tal.

**-Sobre la identificaci3n** hemos de reiterar lo que se expone en esos t3rminos en los informes periciales fision3micos obrantes a los folios 2180 ss Tomo 5 y folios 2506 ss Tomo 6. Recordar como a ambos se les relaciona en distintos hechos, y como las identificaciones se basan en las grabaciones y fotograf3as pertenecientes a todos ellos, relacionando los mismos, pudiendo concluir de su visionado en conjunto como correcta la identificaci3n en ambos imputados, no albergando duda alguna. En la sentencia por el contrario, y a mi entender

indebidamente, se excluye como elemento de identificación el estudio comparado de la persona en distintos hechos de ese mismo día y que determina la corroboración que defiende.

**-Sobre la conducta por ellos desarrollada.** De la misma documentales gráficas en relación con las declaraciones testimoniales ya estudiadas del muy honorable Artur Mas, los honorable Llop, Fernández Teixdor, así como escoltas, únicamente concluir que las personas identificadas, en los términos fijados, no se limitaron a lanzar consignas de oposición a concretas políticas, sino que se abalanzaron sobre el vehículo presidencial, golpeándolo y tratando de abrir sus puertas. Discrepamos que se indique como el reportaje gráfico sea parcial y sesgado. Será parcial por no haber quedado grabado el conjunto del incidente, lo que no se corresponde necesariamente con “sesgado”, término, una de cuyas acepciones puede alcanzar carácter peyorativo y exigiría una prueba sobre intencionalidades. Pero es más, esa acreditación parcial, si se quiere definir así, se integra por la testifical ya analizada.

Por lo expuesto sólo cabe concluir como ambas personas son correctamente identificadas, no hay duda de que se trata de las que intervinieron en la forma declarada probada, conformada por el acometimiento violento al vehículo ocupado por el President de la Generalitat. Identidad sobre la que no cabe duda razonable consecuencia de la seguridad que le acompaña, reconocida en la misma sentencia, y que para cualquier ciudadano mínimamente enterado solo se puede corresponder con alguien que ocupe tan alta dignidad.

**(ii) Hechos relacionados con la honorable Montserrat Tura, bloque 2.**

En este caso, tanto respecto a la identidad del imputado, José María Vázquez Moreno, así como a la relevancia de su conducta, hemos de compartir la conclusión de la mayoría. No consta su intervención en ningún otro hecho objeto de enjuiciamiento y relacionado con el acontecer violento hacia los representantes de la soberanía; circunstancia que excluye poder concluir su coparticipación en eventos de tal naturaleza, y que no se tratara de algo espontáneo y sin conexión. Extremo que nos lleva a entender ajustada a derecho la calificación jurídica que se conforma.

**(iii) Hechos relacionados con el honorable Joan Boada y Maseguer, bloque 3**

En la sentencia se admite como plausible y correcta la identificación de la persona consignada como 42, y que se trata de Rubén Molina Marín, no así de quien aparece como nº 16, Marta Pí Morera.

**-Respecto a la identificación de Marta Pí Morera,** debemos remitirnos a los informes periciales fisionómicos obrantes a los folios 2180 ss Tomo 5 y folios 2506 ss Tomo 6. Recordar cómo se la relaciona en distintos hechos, y como la identificación se basa en las grabaciones y fotografías pertenecientes a ella, relacionando los mismos, pudiendo concluir de su visionado en conjunto como correcta la identificación, no albergando duda alguna. En la sentencia por el contrario, y a mi entender indebidamente, se excluye como elemento de identificación el estudio comparado de la persona en distintos hechos de ese mismo día y que determina la corroboración que defiende.

**-Respecto al alcance de la conducta de ambos acusados, Rubén Molina Marín y Marta Pí Morera.**

En la propia sentencia se hace referencia a como la mujer alza la mano hacia el honorable, lo que a mi entender implica acometimiento, más cuando la misma persona, y como se verá interviene en hechos de análoga significación,

lo que implica esa intención y voluntad de quebrantar la integridad y tranquilidad del honorable en cuestión.

Lo mismo cabe referir del hombre, quien asimismo interviene en más hechos de la misma naturaleza, permitiendo como única conclusión posible sobre su intención la de perturbar la integridad y tranquilidad del honorable. Debo de manifestar mi oposición a la referencia a como solo se ve que es apartado por un policía. De esa documental gráfica se concluye que es apartado, pero como única posibilidad de permitir el deambular tranquilo del honorable, a quien esa actitud del mosso protege de acometimientos serios. Buena prueba de lo cual el mismo honorable debe saltar entre dos vehículos oficiales para ganar la situación de tranquilidad. Es cierto que éste en su declaración minimiza el acometimiento, pero la realidad objetiva y visual es otra. Y no consta que en su vida diaria el mismo honorable, quien incluso ocupó responsabilidades en la consejería de interior, hubiera debido ser socorrido de esa manera.

Es decir ambos intervinientes manifiestan una conducta concreta de acometimiento físico y verbal hacia el honorable, junto a personas no identificadas, que requiere la necesaria protección policial de su persona.

**(iv) Hechos relacionados con los honorables Gerard Figueras i Alba y Alfons López Tena, bloques 4 y 6**

En este apartado la sentencia considera correcta la identificación de las siguientes personas: 8 (AngelaBerguillos Alguacil), 3 (María Durán Gurnsey), 7 (Daniele Vinci), 1 (Alessia Borge) y 9 (Francisco José Cobos García), si bien no entiende que se conforme elementos de los cuales concluir conducta penalmente relevante.

Por el contrario entiende que no pueden acreditarse las siguientes identidades: 5 (Joan Peiró Tura), 4 (Ignacio Antolino Ibáñez) y 2 (Javier Villanueva Mena).

**-Sobre las identificaciones discutidas y reseñadas en el párrafo que antecede.** Respecto a la identificación de 5 (Joan Peiró Tura), 4 (Ignacio Antolino Ibáñez) y 2 (Javier Villanueva Mena), debemos remitirnos a los informes periciales fisionómicos obrantes a los folios 2180 ss Tomo 5 y folios 2506 ss Tomo 6. Recordar como la identificación se basa en las grabaciones y fotografías pertenecientes a ellos, relacionando los mismos, pudiendo concluir de su visionado en conjunto como correcta la identificación, no albergando duda alguna.

Referir como de la misma documental gráfica, así como de los informes periciales fisionómicos citados, no obviando que interviene en otros hechos, facilitando su identificación, consta la de Alejandra Calderón Becerra (6).

**-Respecto a las conductas imputadas y que se concluyen de la documental gráfica y de las testificales estudiadas en el desarrollo de este voto particular, hemos de dejar la siguiente constancia:**

-Persona 6 (Alejandra Calderón Becerra), la misma acomete al honorable Lopez i Tena (fotografía 3 del anexo al hecho).

-Persona 2 (Javier Villanueva Mena), acomete físicamente, agarra, al honorable López i Tena, fotografías obrantes al mismo anexo al hecho.

-Persona 7 (Daniele Vinci), acomete físicamente, agarra, al honorable López i Tena, fotografías obrantes al mismo anexo al hecho (F.11.21).

-Persona 9 (Francisco José Cobos García) acomete físicamente, dentro de la multitud, tratándose de una persona de cierta envergadura, levanta los brazos de forma abrupta, violenta hacia los honorables Lopez i Tena y Figueras i Alba, impidiendo su tránsito. Es decir es una actuación física activa, apoyada en el

resto del grupo violento. En este caso se corrobora por la declaración del propio Lopez i Tena sobre la persona que impedía de forma cierta su deambular hacia el Parlament, fotografías obrantes al mismo anexo al hecho

-Persona 3 María Durán Gurnsey, se la ve en el anexo fotográfico exhibiendo una postura agresiva, de “boxeador” dirigida hacia el honorable López i Tena, siempre mientras ocurre el acometimiento en su persona.

-Persona 1 (Alessia Borge), A la misma, y dentro de ese entorno de violencia descrito en el relato de hechos probados, en identidad temporal con los anteriores, se la observa proferir gritos (mismo anexo).

-Personas 4 (Ignacio Antolino Ibáñez) y 5 (Joan Peiró Tura), de la misma documental obrante a la causa, tantas veces analizada, no se observa manifestación de actitud concreta, sin que la testifical definida pueda albergar cualquier otra circunstancia. Si bien es cierto, tal y como expondré al analizar la participación criminal en extremos jurídicos, que la coparticipación, pactumscæleris, puede materializarse al momento de comisión de los hechos, la asunción de las conductas desarrolladas por otros exige la concreción de elementos circunstanciales que puedan derivar en tal conclusión, siempre bajo criterios de lógica razonabilidad. Y en estas dos personas, a diferencia de otras, como las anteriores, anticipamos que no cabe verificarlo.

-Persona 46, Antoni Dolz García, identificado en el anexo referente a estos dos acontecimientos, individualizados como hechos 4 y 6, se trata de la persona que se encuentra filmando distintos hechos y cuya conducta será asimismo analizada.

-Por el contrario y respecto a las personas de Ignacio Antolino Ibáñez, Joan Peiró y Tura y Angela Bergillos Alguacil, de la misma documental sólo se alcanza a concluir su presencia en el lugar, no así acción concreta que pudiera determinar aceptación y coparticipación en los actos ilícitos y con la finalidad descrita.

#### **(v) Hechos relacionados con los honorables Llop i Rigol y Turull i Negre, bloque 5**

En este acontecimiento debemos compartir la conformación de prueba documental de la cual concluir la intervención de quien resulta ser Jordi Raymond Parra. De la misma documental video y fotográfica, en concreto de la primera se le escucha como, dentro de la multitud que les rodeaba, manifestaba que no se les dejara pasar, ya que si no pasaban, no votaban. Seguidamente se escucha a otro de los allí presentes referir que no había que proceder en esos términos de violentación de la voluntad, no constando que el identificado se hubiera ratificado en sus afirmaciones previas; razón por la cual cabe anunciar un pronunciamiento absolutorio.

**(vi) Hechos relacionados con el honorable Ernest Maragall i Mira, bloque 7**  
Debemos manifestar la conformidad en como la prueba documental en su conjunto acredita la identificación, así como intervención en los hechos, de la persona 13, Ciro Morales Rodríguez.

Respecto a la misma documental video y fotográfica obrante a su anexo, se observa a una multitud de personas, a como varias rodean al honorable, entre ellas los acusados señalados, y que es la intervención de la policía, que no la actitud de los convocados en el lugar, la que le permite acceder al Parlament. No obstante esa misma documental, adolece de la suficiente significación explicativa para comprender o derivar el comportamiento cierto de los acusados, no pudiéndose integrar ese análisis con otros hechos de ese mismo

día al no confirmarse intervención suplementaria. En este sentido debo analizar mi conformidad con un pronunciamiento absolutorio en esas personas. Razón por la cual estimamos que no es preciso completar el razonamiento sobre el disentimiento en la identificación de Alvaro Cano Santana.

**(vii) Hechos relacionados con la honorable Isabel Marcos i Vilar. Respecto a estos hechos no se cuenta con documental gráfica que adveren su desarrollo.**

**(viii) Hechos relacionados con el honorable Salvador Mila i Solsona, bloque 9.**

Respecto a este acontecimiento hemos de compartir la identificación como intervinientes de las personas 16, Marta Pí Moreras y 6, Alejandra Calderón Becerra.

El disentimiento se corresponde a la conducta que entiendo acreditada consecuencia de la misma documental gráfica. Aun cuando el honorable, y en su declaración en el acto del juicio oral, manifiesta que los hechos e imprecaciones verbales adolecían de cualquier entidad, más allá de las referencias a unos presupuestos antisociales, no podemos obviar aquella documental donde se observa a Marta Pí Morera agarrándole y al honorable apartándola, (f. 16.4 del anexo), y apoyada en su comportamiento por Alejandra Calderón Becerra, quien le mira desafiante, no olvidando como interviniente en otros acontecimientos, tal y como hemos descrito, y que determina su aceptación de lo que acontece, conformando un verdadero pactumscaeleris, independientemente de que éste se hubiera formalizado breves momentos antes al desarrollo de iter actualmente enjuiciado.

**(ix) Hechos relacionados con el honorable Santi Vila i Vicente, bloque 10**

Debemos manifestar nuestra conformidad con las identificaciones de las personas 21, Olga Alvarez Juan, 42, Rubén Molina Marin y 43, Carlos MunterDomec.

Discrepo en lo que se refiere a la valoración del alcance de los hechos documentados, así como de las conductas allí descritas (video y fotografías obrantes al anexo en cuestión). Se ve a todos ellos, junto a una pluralidad de personas, gritando hacia el honorable, así como impidiendo de forma activa la deambulacion del mismo. No puede compartirse la referencia en la sentencia a que el honorable se queda quieto, como impotente. El reportaje gráfico es expresivo de la violencia desarrollada, tanto verbal, como física que le impide la deambulacion. Como tienen que personarse en el lugar antidisturbios, quienes le permiten acceder, no obstante lo cual los acusados y terceros no identificados reiteran comportamientos agresivos. A esas manifestaciones concluidas en la sentencia, no puede ocultarse lo que declaró el honorable, “no le dejaban moverse, necesitó la ayuda de los antidisturbios, le insultaron, escupieron y arrojaron agua, sintió miedo al ser rodeado en la forma señalada”. Manifestaciones que se corresponden con lo obrante a las grabaciones; donde incluso la persona 21, Olga Alvarez Juan hace constantes ademanes de cubrirse el rostro, como en actitud de evitar hipotéticas identificaciones, 42 Rubén Molina Marín se le abalanza aunque no le impacta. Reiterando que ellos participan con el resto de personas no identificadas, deduciendo de su actuar la asunción del conjunto concluido en la persona del honorable. Declaraciones del honorable que se corresponden con la documental, y que con toda la consideración a la sentencia, estimo que no han sido valoradas en su alcance, difuminando lo relatado por aquél.

### C. SOBRE LA CALIFICACIÓN JURIDICA

1.- Entiendo como los hechos declarados probados resultan constitutivos de un delito **contra la Constitución en su modalidad de delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 C.P.**

Estimo oportuno hacer un examen previo, breve pero imprescindible, sobre los antecedentes legales del precepto, así como sobre la tramitación parlamentaria, para averiguar cuál es la voluntad del legislador.

a) Código Penal. de 1973, dentro de los delitos contra los Altos Organismos de la Nación

Art. 157. 4.º Los que empleen **fuerza, (no se habla de violencia) ,intimidación o amenaza grave** para impedir a un miembro de las Cortes asistir a sus reuniones o por los mismos medios coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto.

Artículo 160 bis (introducido por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo)

*Las mismas penas establecidas en los artículos anteriores de esta sección para los que atenten contra las Cortes Generales o el Consejo de Ministros de la Nación, serán aplicadas a quienes de igual modo lo hicieren contra las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, los Consejos de Gobierno de las mismas o sus miembros.*

b) Tramitación parlamentaria del art. 498 del Código Penal.

En el **proyecto de LO de CP de 1994** se cambia el nombre del Capítulo que de “altos Organismos de la Nación” pasa a denominarse “Instituciones del Estado”, y la misma norma se contenía en el art. 477 y tenía prácticamente el mismo texto (incluida la pena de 3 a 5 años de prisión); y la referencia a las Asambleas de las CA se contenía en un precepto genérico, siguiendo la estructura del C.Pen. de 1973; es decir, existía un artículo en el que se asemejaba la pena cuando la conducta fuera realizada contra las Asambleas Legislativas o cualquiera de sus miembros.

Es mediante **enmienda del Grupo parlamentario de CiU** por lo que se incluyó la referencia a las Asambleas Legislativas en cada uno de los delitos con la intención, se decía en la enmienda, de mejorar la sistemática del tipo penal.

Y finalmente, se aprobó así con un **añadido introducido en el Senado por Enmienda del GP Socialista**, pues junto a los términos “fuerza, intimidación o amenaza grave” (que eran los términos utilizados en el Código Penal de 1973, se añadió el de “**violencia**”, recalcando de esta manera cual es el límite que implica la aplicación o no del precepto:

*Los que emplearen fuerza, **violencia** (añadido en Senado), intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de [cualquier(suprimido en Senado)] Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años.*

Estas fueron las únicas enmiendas realizadas en este precepto. De hecho, la única propuesta de fondo relativa a estos artículos relativos a Delitos contra las Instituciones del Estado fue una **enmienda del Grupo Popular** , que obviamente no se aprobó, respecto al art. 494 CP (reuniones ante las sedes parlamentarias) , y que propuso suprimirlo por entender que “supone una limitación excesiva, y por tanto, innecesaria del derecho a la libertad de

expresión y manifestación, ya que en ningún caso se precisa que se utilice fuerza o intimidación” ( pag. 228 del Diario del Congreso de 6-3-1995).

### **-Referencias precisas a la CONSTITUCIÓN Y ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA**

Para comprender la importancia del precepto del art. 498 CP hay que acudir a la CE y al Estatuto de Autonomía de Cataluña. En efecto, la protección del Poder Legislativo no se contiene sólo en el Código Penal, deriva de una voluntad constitucional y hemos de recordar que tales normas son refrendadas directamente por quienes conforman la soberanía popular.

El art. 66.3 CE establece que “**Las Cortes Generales son inviolables**” .

Y el art. 71.2 y 3 de la CE que

**“2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.**

**3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”**

### **Y en similares términos se pronuncia el Estatuto de Autonomía de Cataluña respecto a su Asamblea Legislativa, el Parlament:**

Hay que reseñar que esta ley **el Estatuto de Autonomía de Cataluña** , fue **1º)** refrendada por la ciudadanía el 18 de junio de 2006 (con casi el 74% de los votos favorables) , es decir, cinco años antes de ocurrir los hechos enjuiciados; **2º)** aprobada por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ; y **3º)** sometida a examen constitucional por la STC 31/2010, de 28 de junio, precisó aquellos preceptos que no eran contrarios a la Constitución, entre los que no se encontraban los arts. 55 y 57.

En efecto, el EA de Cataluña establece en su art. 55:

Artículo 55. Disposiciones generales.

**1. El Parlamento representa al pueblo de Cataluña.**

**2. El Parlamento 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.**

**3. El Parlamento es inviolable.**

Es decir, en ese precepto, art. 55.2 se regulan las competencias esenciales de la Cámara , precisamente las tres que se iban a ejecutar el día 15 de junio de 2011: 1º) se iban a formular una serie de preguntas al gobierno ejerciendo las funciones de control político ; 2º) se iban a debatir los presupuestos de la Generalitat; y 3º) se iba a aprobar una ley de acompañamiento.

Y el Art. 57 del EA establece:

**1. Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito.**

2. En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. Los Diputados no están sometidos a mandato imperativo.

#### **-JURISPRUDENCIA**

Tal y como expuso el M.F. no existe jurisprudencia sobre el art. 498 del Código Penal, sin que puedan identificarse los hechos declarados probados con aquellos otros que fueron objeto del “**Ocupa el Congreso**”, y a los que **distintas defensas trataban de emparejar, mencionados en la sentencia de la que respetuosamente discrepo.**

Conviene recordar **el IATS de 8-11-2012**, recaído en el presente procedimiento para resolver la cuestión de competencia entre los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y el Juzgado de Instrucción de Barcelona que si bien se limitaba a resolver la cuestión de competencia, también reflejó unas pautas interpretativas sobre el delito del art. 498 CP, que ya habían sido recogidas por algunos autores:

*“ 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 e 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”***

#### **-Bien jurídico protegido en el delito art. 498 C.P.**

Está claro que la voluntad del legislador era mantener en vigor un precepto penal que protege un gravísimo ataque a la representación de la soberanía popular, y que tiene una naturaleza pluriofensiva, pues además de resultar afectada la libertad individual de los parlamentarios se ataca la institución como órgano colectivo de expresión de la voluntad popular, al pretender alterarse también la formación de voluntad de tal órgano legislativo, con otras importantes funciones como el control del órgano ejecutivo.

Hay que dejar claro que con el art. 498 CP **no se persigue penalmente la convocatoria de la manifestación de los “indignados”, ni siquiera aunque la convocatoria fuese bajo la denominación equívoca de “Paremos el Parlament”,** porque en principio no era un delito ya que se trataba de una convocatoria pacífica y así quedaba claro en la rueda de prensa dada el día 10 de junio de 2011.

Se ataca con la conducta enjuiciada la verdadera voluntad popular representada en el Parlamento autonómico y que sale de las urnas. En este punto, hay que deslindar el límite entre la conducta típica y el libre ejercicio del derecho de reunión porque, insisto, no se conjuga en el presente juicio jurídico enjuiciamiento del movimiento de “Indignados” o del “15M”, movimiento pacífico que mediante manifestaciones pacíficas pretendía un cambio real de la democracia.

#### **-Precisas referencias del derecho de reunión**

El **art. 21.1 CE** *“reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.”*

*2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.”*

Este derecho es también recogido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, LO de 19 de julio de 2006, en los arts. 4.1 y 15.1 .

Y la **LO 9/1983** regula el ejercicio de tal derecho de una manera amplia y sin restricciones, criterio de interpretación amplia que también sigue los Tribunales de Justicia. De hecho, **en España en 2011 se celebraron más de 18.000 manifestaciones** y al año siguiente prácticamente el doble, más de 36.000.

Así pues, existe una vía clara y legítima de ejercer un derecho a protestar, de manifestar la indignación contra las medidas adoptadas o que se pretendían adoptar. El único límite es comunicarlo previamente a la autoridad y, evidentemente, y esto es lo importante, a los fines que ahora interesan, que no sea violento.

Disintiendo de la conclusión, no puedo más que compartir y hacer propio el excelente estudio jurídico realizado en la sentencia sobre el alcance de los derechos fundamentales en confrontación, y en concreto todo lo relativo al derecho de manifestación y libertad de expresión, así como un alcance

específico para aquéllos grupos de ciudadanos ajenos a los medios de comunicación, y cuya participación política debe arbitrarse y empoderarse. Lo que no es factible es que la confrontación, incluso la que pudiéramos llamar activa, conlleve el ejercicio de la violencia y la intimidación, y menos afecte al sentimiento de seguridad y dignidad de cualquiera de los intervinientes en aquélla. Y de la documental visionada, así como de las manifestaciones testificales, no puede concluirse en otros términos. No puede hablarse de una confrontación ideológica, admitiendo la activa, cuando se escupe, se insulta, se acomete físicamente, se impide la libertad deambulatoria de distintos representantes de la soberanía popular, quienes deben repeler esas acciones, alguno de ellos, permítase la expresividad, realizando alardes casi acrobáticos, y teniendo que ser protegidos por agentes de la autoridad, como única posibilidad de recobrar el sentimiento de tranquilidad y acceso al Parlamento. Y debe destacarse que a ninguno de los acusados, y terceros no identificados se les observa tratando de mantener una comunicación civilizada con los representantes políticos, se les increpa, agrede e impide el desarrollo de su libertad, ámbito de todo tipo en que no percibo la posibilidad de un intercambio de ideas. Se trata simplemente del acometimiento de unas ideas, no mediante la confrontación intelectual, sino a través de la violencia hacia quienes las representan. A diferencia de lo que realizó la inmensa mayoría de los concentrados, quienes recriminaron las conductas enjuiciadas, sin perjuicio de mantener una postura activa, no meramente pasiva, como permite el ejercicio razonable y proporcional de todo derecho fundamental cuando se “confronta” con otros.

Debe, por tanto, examinarse si nos encontramos ante el ejercicio de un derecho fundamental, el de reunión, o si por el contrario hubo un abuso de dicho derecho, no amparado por la Ley y que además constituye un delito.

Estimo que concurren los requisitos del tipo del art. 498 CP.

#### **-Acción típica**

La acción se caracteriza por el empleo de la violencia que es el límite que marca el derecho a manifestarse o a protestar y a reivindicar peticiones legítimas (y protestar contra los recortes sociales es de las más legítimas), de la conducta delictiva. De hecho, los propios convocantes de la manifestación hacían ese llamamiento al no empleo de la violencia, y es por ello que su conducta no es delictiva, ni nunca se ejerció en sus personas acción penal concreta.

Algunos autores entienden que se trata de un delito de resultado, argumentando que los términos verbales son categóricos (“los que emplearen..”, “coartaren”). Sin embargo la generalidad de la doctrina considera que se trata de un delito de peligro abstracto en el que no es necesario que se produzca la finalidad pretendida por los autores, por lo que no caben formas imperfectas de ejecución. El mero uso de formas verbales categóricas o imperativas no implica que nos encontremos ante un delito de resultado, pensemos sin más en los delitos de tráfico de drogas, en los que se castiga a “los que ejecuten actos de cultivo...”, sino que **lo importante es que la consumación se anticipe con la mera actividad del autor.**

Según dice JUAN MARÍA TAMARIT (Ed. Aranzadi, 1995) respecto al primer inciso, el tipo penal castiga a “los que emplearen fuerza (...) **para impedir**” al

diputado “asistir a sus reuniones”. Es decir, se produce un adelantamiento del momento consumativo, pues no se exige que se produzca el resultado de que el diputado no haya asistido a la reunión, tal y como ha expuesto el M.F. En el delito del art. 498 CP con la mera coacción a un diputado para que no emita libremente su voto o la intimidación ejercida en el mismo sentido se produce la consumación anticipada, no cabiendo las formas imperfectas, pues el delito ya se ha consumado. Y respecto al segundo inciso la expresión “coartar”, según CORDOBA RODA, equivale a “restringir, limitar” y la consumación se produce cuando la violencia se traduce en una perturbación del estado de ánimo del sujeto susceptible de inclinar su voto u opinión, sin necesidad de que tal inclinación se produzca.

Pero en cualquier caso, en el presente supuesto, el resultado se consiguió, tal y como expone el M.F., pues los autores impidieron a los diputados ejercer su voto según el orden del día y si finalmente se consiguió que se celebrara parcialmente la sesión parlamentaria fue por el interés de los diputados, que tal y como declararon en juicio querían transmitir una sensación de que los manifestantes no conseguían su objetivo, para lo cual llegaron a adoptar medios extraordinarios como la utilización de un helicóptero, de tal manera que los autores consiguieron retrasar la votación e incluso ésta se celebró sin estar presentes todos los parlamentarios.

Sobre el significado de las modalidades de acción se ha de entender:

- por **fuerza**, la capacidad de mover a algo o alguien que tenga peso o haga resistencia (1ª acepción del DRAE)
- por **violencia**, las ejercidas sobre la persona de una manera brusca, con ímpetu o intensidad extraordinarias;
- por **intimidación**, causar o infundir **miedo**;
- **amenaza grave**. El término “grave” se utiliza en singular por lo que, gramaticalmente ha de interpretarse que se refiere únicamente a las amenazas. Además el CP 1995 ha suprimido la disminución de pena que había en el art. 158 del CP 1973 cuando los medios no fueren graves, por lo que en el actual precepto se deben considerar incluidos la fuerza, violencia o intimidación, de cualquier tipo y la amenaza grave, quedando únicamente excluida la amenaza no grave.

En conclusión, considero que concurrieron todos los requisitos del delito del art. 498 del CP.

Comparto el juicio jurídico de la sentencia en lo que concierne a la ausencia de concurso de delitos con el atentado, tratándose de un concurso de normas presidido por el principio de especialidad, remitiéndonos al carácter pluriofensivo, referido por el propio M.F. Asimismo compartimos las referencias de la sentencia al delito de asociación ilícita.

## **2.- Autoría**

De los anteriores hechos resultan autores penalmente responsables por su participación personal DANIELE VINCI, RUBEN MOLINA MARIN, MARTA PI I MORERA, ALEJANDRA CALDERON BECERRA, FRANCISCO JOSE COBOS

GARCIA, ALESSIA BORGE, JAVIER VILLANUEVA MENA, MARIA DURAN GURNSEY, OLGA ALVAREZ JUAN, CARLOS MUNTER DOMEQ (arts. 27 y 28 C.P.).

Todos ellos de conformidad al relato de hechos probados, así como a la valoración de la prueba sobre los mismos, así como sobre su intervención personal. Análisis de la prueba individualizada en cada uno de los acusados, a la cual me remito, y que tanto por su alcance propio, por su intensidad, bien en conducta, bien en intervención múltiple en distintos hechos con diputados del Parlament, denotan su actuación en el acometimiento físico y/o verbal, constituyendo un verdadero pactum scaeleris con los distintos grupúsculos minoritarios que se fueron formando. Grupos que con esa conducta únicamente podían pretender atentar a la dignidad del Parlament, representante de la soberanía popular, a través del ataque, nunca confrontación verbal normalizada con los parlamentarios.

Todos los acusados citados, a diferencia de los que comparto su absolución al no haberse desvirtuado el principio de presunción de inocencia, a través de las conductas que entiendo acreditadas, van más allá del ejercicio de una oposición activa, constituyendo un pactum scaeleris con el resto de personas violentas que permiten alcanzar el fin deseado. Por dicha razón, propia de actuaciones de esta índole caracterizadas por una concreta coparticipación, no puedo compartir la excesiva fragmentación e individualización de conductas en que incurre, dicho con la necesaria consideración, la sentencia de la instancia. Y, como hemos consignado, olvidando que estos actores criminales se caracterizan por su manifestación en grupo, aunque se materialice la voluntad de consuno en el momento (pactum scaeleris), y como única posibilidad de lesionar el bien jurídico objeto de protección.

Destacar, y remitiéndonos al análisis individualizado de hechos e intervenciones personales, como respecto a quienes entiendo precisa la absolución, por el contrario, solo se concluyen comportamientos compatibles con el ejercicio "activo" de derechos y libertades fundamentales, extramuros de cualquier tipo de abuso, y sin asunción de otros de carácter violento, ni auxilio a los mismos en extremos de conjugar pactum scaeleris, susceptible de consignarse. O, al menos, ausencia de prueba bastante a esos mismos fines.

Comparto la condena de José María Vázquez Moreno como autor de una falta de daños al no constarse como se ha expuesto que interviniera en otros hechos, ni que en el objeto de su imputación se correspondiera con otras conductas susceptibles de definir en su actuar la finalidad integrada en el título de acusación.

Finalmente, y en cuanto a la autoría, no habiéndose expuesto en la valoración de las conductas individualizadas, en aplicación del principio in dubio pro reo, procede absolver a Antoni Dolz García. Esta persona se dedica a realizar reportaje videográfico, aparece en distintos hechos, incluso alguna de sus manifestaciones a una diputada, cuya calificación trasciende el alcance de un análisis jurídico penal como éste, deviene poco justificable, pero trabajando en medios digitales, excluye la posibilidad de concluir que formara parte de un previo acuerdo, y que su finalidad fuera la de dejar constancia del ataque a la dignidad del Parlamento, representado en sus integrantes, más cuando estimamos que esos pactum se conformaron en los términos consignados.

### **3.- Penalidad**

No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y valorando la entidad de los hechos que estimo acreditados, alcance la de lesión del bien jurídico objeto de protección, y demás elementos concurrentes, estimo que la pena a imponer a DANIELE VINCI, RUBEN MOLINA MARIN, MARTA PI I MORERA, ALEJANDRA CALDERON BECERRA, FRANCISCO JOSE COBOS GARCIA, ALESSIA BORGE, JAVIER VILLANUEVA MENA, MARIA DURAN GURNSEY, OLGA ALVAREZ JUAN Y CARLOS MUNTER DOMEK, como autores de un delito contra las instituciones del Estado, sería la mínima, tres años de prisión a cada uno de ellos e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, de conformidad al art. 498 y concordantes del C.P.

Y ello sin perjuicio de que, para el supuesto de que esta hubiera sido la sentencia definitiva, habría estimado proporcional a las circunstancias, instar de conformidad al art. 4.3 C.P. un indulto parcial que permitiera el no ingreso en prisión de aquéllos de los acusados sin antecedentes penales. Petición de indulto parcial que vendría conformado en las circunstancias sociales concurrentes, que conocidas por todos eximen de su concreción, sin perjuicio de asumir que cualquier margen de violencia resquebraja la normal convivencia y confrontación democrática.

Y por lo expuesto, y no en su integridad por las razones expuestas en la sentencia, estimo que procedería la absolución de Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, Antoni Dolz García, Jordi Raymond Parra, Ignacio Antolinolbañez, Joan Peiro i Tura, AngelaBerguillos Alguacil, Ciro Morales Rodríguez y Alvaro Cano Santana.

#### **D.- Conclusiones**

1.- Entiendo que el conjunto de la prueba aportada al acto del juicio oral es susceptible de ser valorada al no considerar vulneración de principio de legalidad constitucional ni ordinaria alguno.

2.- Entiendo acreditada la existencia de grupos minoritarios de personas que el día de los hechos se pusieron de acuerdo para acometer física y verbalmente a distintos diputados del Parlament.

3.- Que la finalidad de ese acometimiento no era otro que el de impedir que acudieran al Pleno, en cuyo orden del día estaba la aprobación de los presupuestos, bien que lo hicieran con un sentimiento de intranquilidad susceptible de perturbar el correcto desarrollo de sus responsabilidades.

4.- Que dentro de esos grupos que actuaron con dicha finalidad se encontraban algunos de los acusados, respecto a quienes estimo la existencia de prueba legal y bastante para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. En concreto se trataría de los siguientes acusados: DANIELE VINCI, RUBEN MOLINA MARIN, MARTA PI I MORERA, ALEJANDRA CALDERON BECERRA, FRANCISCO JOSE COBOS GARCIA, ALESSIA BORGE, JAVIER VILLANUEVA MENA, MARIA DURAN GURNSEY, OLGA ALVAREZ JUAN Y CARLOS MUNTER DOMEK.

5.- Entiendo que la calificación correcta de los hechos declarados probados es el de delito contra instituciones del Estado del art. 498 C.P., que concurre en concurso de normas con el de atentado, pero de aplicación aquél en base al principio de especialidad.

6.- Que la pena que entiendo hubiera debido imponerse a los acusados citados, respecto a quienes estimo concurrente prueba de cargo bastante, y

analizando las circunstancias, sería la mínima, a cada uno de ellos, la de tres años de prisión e inhabilitación especial como accesoria.

**7.-** Asimismo entendía ajustado y proporcional, caso de que esa hubiera sido la sentencia, interesar un indulto parcial al amparo del art. 4.3 C.P., evitando el ingreso en prisión de quienes no tuvieran antecedentes penales; y ello por las propias circunstancias concurrentes.

**8.-** Y por lo expuesto, y no íntegramente por las razones expuestas en la sentencia, estimo que procedería la absolución de Javier Tadeo Orellana de Vilallonga, Antoni Dolz García, Jordi Raymond Parra, Ignacio Antolinolbañez, Joan Peiro i Tura, AngelaBerguillos Alguacil, Ciro Morales Rodríguez y Alvaro Cano Santana, no habiéndose desvirtuado el principio de presunción de inocencia en sus personas.

**9.-** Comparto la condena de José María Vázquez Moreno como autor de una falta de daños al no constarse como se ha expuesto que interviniera en otros hechos, ni que en el objeto de su imputación se correspondiera con otras conductas susceptibles de definir en su actuar la finalidad integrada en el título de acusación.

En Madrid, a 7 de julio de 2014

Fernando Grande-Marlaska Gómez