



Roj: **STS 15/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:15**

Id Cendoj: **28079120012017100002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **722/2016**

Nº de Resolución: **983/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 702/2016,**
STS 15/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 983/2016

RECURSO CASACION N° : 722/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 30

Fecha Sentencia : 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano **Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández **Escrito por :** MBP **DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS. IMPEDIMENTO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN. DAÑOS A LAS COSAS.**

* **No resultan tipificados los hechos como atentado. No puede presumirse la conciencia en el acusado, de que el sujeto pasivo es una autoridad en el ejercicio de sus funciones. El dolo o elemento subjetivo del delito no se presume.**

***No concurre en los desórdenes públicos la cualificación del artículo 557. bis**

3º. **La concurrencia al acto de 200 personas, puede considerarse una reunión numerosa (expresión incorporada en la reforma del Código por L.O.1/2015 de 30 de marzo) pero no puede calificarse de una "congregación del gran número de personas" en un evento o espectáculo público.**

***La rotura consciente de una puerta automática de un edificio público, determina la aplicación de la calificativa de "cosas públicas" en el delito de daños (artículo 263. 2. 4º C.P .)**

***El delito de 514.4 es compatible, en concurso ideal, con el de desórdenes públicos del artículo 557 C.P .**

***No puede apreciarse el delito de ultrajes a la bandera (artículo 543 C.P .) sino queda plenamente acreditado el ánimo de ofender o despreciar el símbolo que representa.**

***No procede aplicar la agravante de disfraz (artículo 22. 2 C.P .) si el medio utilizado no es hábil objetivamente para ocultar o encubrir la identidad del sujeto.**

***Se aprecia la agravante de obrar por motivos de discriminación ideológica, ante la intransigencia de admitir otra opción política o ideológica, rechazándola, con medios violentos (artículo 22. 4 C.P .)**



***Es difícilmente conciliable la apreciación de la atenuante de reparación del daño en un delito contra el orden público. Serían imputables los actos autónomos, atribuidos a algunos de los partícipes en el delito de desórdenes públicos**

Nº: 722 / 2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 16/11/2016

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 983/2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar. Presidente

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Luciano Varela Castro

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil diecisiete.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por la acusación particular, **ABOGADO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA** y **D. Raúl**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Treinta, que condenó a los acusados D^a Marisa, D. Valeriano, D. Carlos Ramón, D. Agustín, D. Aureliano, D. Cecilio, D. Efrain, D. Fermín, D. Ignacio, D. Landelino, D. Modesto, D. Rodrigo, D. Simón, D. Jesús Carlos y D. Adolfo, de delitos de desórdenes públicos, daños, y faltas de lesiones y de maltrato de obra, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusación particular representados por el procurador D. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar y los recurridos acusados D^a Marisa y D. Valeriano, representados por la procuradora D^a M^a del Carmen Iglesias Saavedra, D. Carlos Ramón, D. Agustín, D. Aureliano, D. Cecilio, D. Efrain y D. Fermín representados por la procuradora D^a Begoña del Arco Herrero, D. Ignacio y D. Landelino, representados por el Procurador D. Pablo José Trujillo Castellanos, D. Modesto, D. Rodrigo, D. Simón y D. Jesús Carlos, representados por la procuradora D^a María Isabel Salamanca Alvaro y D. Adolfo, representado por el procurador D. Luis Eduardo Roncero Contreras.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid incoó Diligencias Previa con el nº 4277/2013 contra D^a Marisa, D. Valeriano, D. Carlos Ramón, D. Agustín, D. Aureliano, D. Cecilio, D. Efrain, D. Fermín, D. Ignacio y D. Landelino, D. Modesto, D. Rodrigo, D. Simón, D. Jesús Carlos y D. Adolfo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, que con fecha 19 de febrero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *El miércoles 11 de septiembre de 2013, la Delegación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya ante el Gobierno del Estado organizó un acto institucional conmemorativo de la Diada Nacional de Catalunya, su festividad oficial, cuya celebración estaba prevista en el Centro Cultural "Blanquerna" ubicado en la calle Alcalá nº 44 de Madrid, propiedad de la Generalitat de Catalunya, que comenzaría sobre las 19:30 horas. A dicho acto se accedía, con carácter general y tras confirmación de asistencia, mediante invitación oficial del Delegado del Gobierno, Raúl, remitida a diversas personas, entre ellas autoridades de distintos ámbitos cuya identidad no se había hecho pública. En la invitación oficial se indicaba*



que tras un discurso de bienvenida se llevaría a cabo una actuación musical a cargo de Nemesio , solista de la Orquesta Nacional y Profesor Asistente de la Escuela Superior de Música Reina Sofía, culminaría con la interpretación de "Els Segadors" y después se ofrecería a los asistentes una copa de cava. A tal efecto se habilitó la sala de actos ubicada en la planta baja del Centro Cultural Blanquerna en la que dispusieron los organizadores como mobiliario, al tratarse de una celebración de pie, un atril con un micrófono y tras él y como única bandera la señera. La celebración del acto conmemorativo de la Diada en "Blanquerna" se difundió por las redes sociales y un grupo de personas afiliadas o simpatizantes de formaciones políticas tales como Democracia Nacional, Falange, Nudo Patriota Español y Alianza Nacional, a través de tales medios, convocó una protesta contra lo que se calificaba como acto de exaltación del movimiento independentista catalán, que entendían tendría lugar en dicho centro cultural y en el curso de aquella convocatoria institucional, para lo cual convinieron reunirse en la puerta del Centro en la calle Alcalá nº 44, lo que fueron haciendo paulatinamente formándose en dicho acceso un grupo indeterminado de personas, portando alguno de ellos banderas de España o de aquellas formaciones políticas. Al indicado acto asistieron como público unas 200 personas, entre ellas el acusado Aureliano (mayor de edad y sin antecedentes penales). Pese a las previsiones, el acto se retrasó y no dio inicio hasta las 19:45 horas. En ese momento, cuando el Delegado de la Generalitat ante el gobierno nacional, Raúl , se dirigía al atril para tomar la palabra y presentar el acto, accedieron al interior del local un grupo de las personas que a la puerta se habían ido congregando. Entre ellas los acusados Efrain (mayor de edad y sin antecedentes penales), Simón (mayor de edad y sin antecedentes penales), Cecilio (mayor de edad y sin antecedentes penales), Valeriano (mayor de edad y sin antecedentes penales), Marisa (mayor de edad y sin antecedentes penales), Modesto (mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa), Fermín (mayor de edad y sin antecedentes penales), Agustín (mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa), Carlos Ramón (mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa), Landelino (mayor de edad y sin antecedentes penales), Ignacio (mayor de edad y ejecutoriamente condenado el 29 de octubre de 2012 por delito de daños a la pena de 6 meses de multa), Adolfo (mayor de edad y sin antecedentes penales), Rodrigo (mayor de edad y sin antecedentes penales) y Jesús Carlos (mayor de edad y sin antecedentes penales). Dichos acusados, con la finalidad de protestar frente al acto e impedir su celebración, actuando de forma conjunta y al unísono, accedieron en tropel a la planta a pie de calle del citado inmueble, donde se encuentra la librería abierta al público, rompiendo la puerta automática de cristal de entrada al local causando daños tasados judicialmente en 1372,14 euros. Y desde ella descendió el grupo, encabezado por Valeriano y Ignacio , por las escaleras a la planta inferior, donde se iba a desarrollar el acto, coreando todos la consigna "no nos engañan Catalunya es España". Ignacio llevaba gafas de sol y un pañuelo negro que le cubría la mitad del rostro pese a lo cual sus facciones eran visibles e identificables. Éste, en dirección al atril, fue abriendo paso al grupo entre los asistentes, que se apartaban, empujando en un instante a uno de ellos, que le impedía el acceso pretendido y que resultó ser Candido , diputado en el Congreso de los Diputados, también empujado y derribado al suelo acto seguido por Efrain . No consta que ni los mencionados acusados, ni las restantes personas que accedieron al inmueble conocieran la identidad o la condición de diputado del Sr. Candido . Ya en el estrado, Ignacio arrojó al suelo de un manotazo la señera. Por su parte, Valeriano golpeó el micrófono situado sobre el atril. Agustín arrojó al suelo el atril ante el que, impassible, se mantenía el Delegado de la Generalitat ante el gobierno, Raúl , cuya identidad y cargo desconocía, y encarándose a él le dirigió insultos relativos a su condición de catalán y amenazas de muerte obligándole a retroceder, intimidado por la proximidad corporal y sus palabras, hacia la pared situada a su espalda. Marisa escupió al asistente al acto Javier , al que también el acusado Agustín propinó una bofetada y una patada en el muslo izquierdo, sin que le causara lesión ni precisara asistencia médica, acto este que fue contenido por Valeriano , retirándolo de su alcance. Tras poco más de un minuto, el mentado grupo, que exhibía banderas de España y de los partidos políticos aludidos, abandonó el local coreando "catalanidad es Hispanidad" y "ser español es un orgullo" arrojando uno de sus componentes, cuya identidad no ha podido determinarse, un spray irritante que provocó picores, irritación, náuseas y otros menoscabos físicos en los asistentes al acto lo que obligó a suspender el mismo pues tuvieron que abandonar el local y ser alguno de ellos asistido por los servicios médicos que acudieron al lugar. Cuando el indicado grupo estaba ya saliendo de la sala, Valeriano dio un manotazo a la cámara con la que grababa el acto Pedro , cámara de TV3, que al impactar contra su cuerpo le obligó a efectuar un movimiento brusco que le produjo contusión post-traumática en hombro derecho, de la que curó en 9 días con impedimento tras una primera asistencia médica. Posteriormente Raúl pronunció, en unos jardines próximos, unas palabras a los asistentes que se mantenían en el lugar. Los acusados consignaron el 1 de diciembre de 2014 la cantidad de 1.697 euros, a fin de hacer frente a la reparación de los perjuicios causados. No aparece acreditado que las personas que ejecutaron los hechos descritos conocieran la identidad de Raúl , ni el cargo de delegado de la Generalidad de Catalunya que ostentaba desde el mes de agosto de 2013. No consta que Aureliano , que asistía a la reunión, participara en la protesta mencionada, ni que coreara las consignas citadas o se dirigiera a los asistentes al acto con la finalidad descrita.



SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Condenamos a: Marisa , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Valeriano , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. - Por la falta de lesiones, a la pena de un mes multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Indemnizará a Pedro en 600 euros, por lesiones. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Carlos Ramón , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Agustín , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos, la pena de ocho meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de ocho meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Efrain , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. - Por la falta de maltrato de obra, la pena de 10 días multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Fermín , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Modesto , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Simón , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Rodrigo , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Jesús Carlos , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con



cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Cecilio , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Ignacio , en quien concurre la atenuante de reparación del daño y la agravante de reincidencia solo en el delito de daños, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de siete meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de dieciséis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Por la falta de maltrato de obra, la pena de 10 días multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas.

- Por la falta de maltrato de obra, la pena de 10 días multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Landelino , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Adolfo , en quien concurre la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: - Por el delito de desórdenes públicos a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por el delito de daños a la pena de seis meses multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Abonará las 2/79 partes de las costas del juicio, incluidas las de las acusaciones particulares. Todos los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a la Generalidad de Catalunya en 1372,14 euros y a Raúl en la cantidad de 94,2 euros. Absolvemos a Marisa , Valeriano , Carlos Ramón , Agustín , Efraín , Fermín , Modesto , Simón , Rodrigo , Jesús Carlos , Cecilio , Ignacio , Landelino y Adolfo , de los delitos de ultraje a la bandera de la comunidad autónoma, impedimento del legítimo ejercicio de la libertad de reunión, de un delito de atentado y de tres delitos leves de lesiones. Absolvemos a Efraín y Ignacio de otro delito de atentado. Absolvemos a Ignacio del delito de coacciones que se le imputa. Absolvemos a Valeriano del delito de coacciones que se le imputa. Declaramos de oficio las 51/79 partes de las costas del juicio. Deberá serles de abono el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa salvo que les hubiera sido computada en otra. Esta sentencia es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habría de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sala en el término de cinco días.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por el **Ministerio Fiscal** y por el Abogado de la **Generalidad de Catalunya** y de **D. Raúl** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida inaplicación del art. 22.4 C. Penal (agravante de cometer el delito por motivos ideológicos), con la consiguiente aplicación indebida del art. 66.1º C. Penal e inaplicación del art. 66.3º del mismo cuerpo legal .

II.- El recurso interpuesto por el **ABOGADO DE LA GENERALIDAD DE CATALUNYA** y **D. Raúl** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Cr ., por inaplicación del art. 550 C. Penal en su redacción actualmente vigente, o 550 y 551 en su redacción vigente al momento de los hechos. Infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C . E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Segundo.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por inaplicación del art. 557 bis. 3ª en la redacción actualmente vigente; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Tercero.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1º



L.E.Cr ., por inaplicación del art. 263.2.4º; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º L.E.Cr ., por incongruencia omisiva al no resolver la sentencia impugnada sobre la pretensión de esta parte en relación a la aplicación del art. 263.2.4º C. Penal ; Cuarto.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación del art. 514.4 C.P .; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Quinto.- Error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación del art. 543 C. Penal . Infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E. al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Sexto.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación del art. 147 C.P ., en su redacción actualmente vigente, y de la disposición transitoria primera de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre ; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Séptimo.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación del art. 22.2ª C.P ; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Octavo.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación del art. 22.4ª C.P .; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Noveno.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 21.5ª C.P .; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .; Décimo.- Solo para el caso de desestimación del motivo primero. Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida inaplicación de los arts. 169 , 171.7 , 172.1 ó 172.3 C.P . en su redacción actualmente vigente; Undécimo.- Error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849. L.E.Cr .; infracción de precepto penal de carácter sustantivo al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida inaplicación de los arts. 28 y 147 C.P . en su redacción actualmente vigente; infracción de los arts. 9 , 24 y 117.1 C .E., al amparo del art. 852 L.E.Cr .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por la Generalidad de Catalunya y de D. Raúl , desestimó los motivos primero, segundo, quinto, sexto, séptimo, décimo y undécimo, solicitando la estimación de los motivos tercero, cuarto, octavo y noveno; dándose por instruido igualmente el Abogado de la Generalidad del recurso interpuesto por el Mº Fiscal, adhiriéndose al mismo; y la representación de las partes recurridas se dieron también por instruidas e impugnaron los motivos de ambos recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de noviembre de 2016, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL FISCAL

PRIMERO.- Dos motivos articula el Fiscal contra la presente sentencia, ambos por infracción de ley (artículo 849.1L.E.Cr .).

El primero de ellos por indebida inaplicación del artículo 22.4 C.P . (agravante de cometer el delito por motivos ideológicos).

1. La estimación de tal agravatoria fue interesada por el Ministerio Fiscal y todas las acusaciones y la sentencia la rechaza aduciendo dos fundamentales argumentos:

a) Que en los relatos fácticos de Ministerio Fiscal y las acusaciones no se describe este móvil como impulsor de los hechos delictivos, ya que para que se estime la agravación no es suficiente que los acusados pertenezcan a distintos grupos políticos.

b) Que para la aplicación se precisa que la discriminación se produzca en la víctima y su condición y en la intencionalidad del autor.

2. Frente al primer obstáculo jurídico para apreciar la agravación el Fiscal demuestra que su escrito acusatorio incluía la agravación en los siguientes términos: el grupo de los sujetos agentes "accedieron al interior del local... con la finalidad de protestar frente al mismo e impedir su celebración y **actuando por motivos claramente ideológicos...**"

Los acusados, pertenecientes o simpatizantes de grupos y partidos políticos de extrema derecha, se concentraron para impedir la celebración del acto movidos exclusivamente por razones ideológicas al tener posiciones antagónicas con el "movimiento independentista catalán" y así se declara en los hechos probados de la resolución al afirmar que "un grupo de personas afiliadas o simpatizantes de formaciones políticas tales como Democracia Nacional, Falange, Nudo Patriota Español y Alianza Nacional, a través de



tales medios, convocó una protesta contra lo que se calificaba como **"acto de exaltación del movimiento independentistacatalán"**.

3. El segundo obstáculo para no estimar la agravante solicitada lo constituye la referencia al sujeto activo y no al pasivo, ya que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima; lo que exige a su vez la prueba de la condición de la misma y la intencionalidad del autor, conforme establece la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 1145/2006 de 23 de noviembre). En definitiva no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito (véase sentencia 1341/2002 de 17 julio; 302/2015 de 19 mayo; 314/2015 de 4 de mayo, etcétera).

4. El Fiscal insiste en que tal requisito concurría y se mencionaba en los hechos probados, ya que según el factum, se trataba de acto organizado por la Delegación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya ante el Gobierno del Estado, que dicho acto se celebraba, en el Centro Cultural "Blanquerna", edificio propiedad de la Generalitat, que al acto se acudía por invitación oficial del Delegado de la Generalitat, que el acto tenía por fin la celebración de la Diada, y que su contenido sería tras unas palabras de bienvenida, un concierto que culminaría cantando "Els segadors", por lo que es obvio que concurrían todos los requisitos, para la apreciación de la agravante postulada.

5.- El Fiscal sigue diciendo que el objeto de la convocatoria a través de la redes sociales, la protesta no contra el acto institucional de celebración de la Diada convocado por la Generalitat de Catalunya sino contra lo que se consideraba, en términos recogidos en los hechos probados **"un acto de exaltación del movimiento independentista catalán"**, siendo las consignas coreadas por los acusados mientras cometían los hechos punibles, **"no nos engañan Catalunya es España"**, **"catalanidad es Hispanidad"** y **"ser español es un orgullo"**, mientras exhibían banderas de España y de los partidos políticos intervinientes, dirigiendo insultos alguno de los acusados a las víctimas del delito referidas a su condición de catalanes y por el hecho de ser catalanes, realizando actos de violencia psíquica contra los asistentes al acto, así como de violencia material, como se recoge en los hechos probados, sin otra justificación que el hecho de considerar que los allí reunidos estaban realizando un acto de exaltación del independentismo catalán, utilizando "procedimientos al margen de las reglas democráticas de convivencia mediante actos que implican alguna clase de violencia sobre cosas y sobre personas, suprimiendo la libertad de ejercicio de otros derechos por parte de terceros (Fj 2º de la sentencia), lo que evidencia que no existe otra motivación sino la ideológica, al sostener los acusados posturas antagónicas, como se ha dicho, con el "catalanismo o movimiento independentista catalán" reconociendo los acusados su pertenencia a tales partidos o grupos políticos e ideología ultra derecha, y muestra de esa motivación ideológica es que en los hechos probados se recoge expresamente que los insultos referidos fueron vertidos por la condición de catalán de la víctima, por lo que indudablemente debe inferirse el móvil ideológico como factor guía de la conducta de los acusados.

6. A la vista de los contundentes argumentos del Fiscal, secundados por las acusaciones (Generalitat de Catalunya y Raúl), que sostiene la misma tesis en su recurso (fundamento jurídico 8º), y habida cuenta de que en el factum podemos hallar la descripción de los elementos constitutivos de la circunstancia agravante, se impone la aplicación de tal agravación que deberá alcanzar a los delitos que resulten cometidos, dado el propósito común de los asaltantes, intolerantes con un acto de celebración del día de Catalunya, conmemoración existente en todas las comunidades autónomas españolas. La revocación de la sentencia en este extremo determinará una nueva individualización de las penas.

SEGUNDO.- En el segundo motivo el Ministerio Público, con sede procesal en el artículo 849. 1º L.E.Cr., estima indebidamente aplicado el artículo 21. 5 (atenuante de reparación del daño) en el delito de desórdenes públicos con la consiguiente inaplicación del artículo 66. 3 del C.P.

1. Alega el Fiscal que la atenuante de reparación del daño no debió extenderse al delito de desórdenes públicos, sino al de daños, ya que la consignación dineraria en el Juzgado tenía por objeto la indemnización de éstos.

Considera que el mero hecho de la consignación de una cantidad para cubrir el importe de los daños causados, en nada afecta al delito de desórdenes públicos, cuyo bien jurídico protegido es el orden público, es decir, el orden ciudadano y social y que "per se" no lleva consigo una reparación patrimonial, como por otra parte reconoce la sentencia al no haberse establecido por la comisión del mismo indemnización alguna.

2.- Dados los argumentos aducidos por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones particulares recurrentes que se suman a este reproche casacional, se puede concluir que en delitos tales como el de desórdenes públicos, la posición de perjudicado sólo podría venir ocupada, en su caso, por toda la sociedad en su conjunto, que ha visto cómo se alteraba injustificadamente la paz social y el orden público, impidiendo la celebración de un acto oficial. Pero en favor de la sociedad en general no se ha solicitado en ningún momento restitución económica alguna por tales agravios, pues éstos no son susceptibles de ser monetariamente indemnizados.



De ahí que la sola consignación de una cantidad de dinero podrá considerarse reparación en el sentido del artículo 21. 5 del Código Penal respecto a ilícitos, como los daños y las lesiones, con perjudicados concretos y determinados, que verán así minoradas, al menos crematísticamente, las consecuencias de tales actos antijurídicos, pero no respecto a aquéllos otros ilícitos en los que no puede individualizarse en un sujeto concreto el perjuicio causado, casos estos últimos en que la apreciación de la atenuante exigirá forzosamente otro tipo de reparación distinta.

En atención a los argumentos referidos resulta que ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos - como apunta el fiscal- existe dato alguno que permita su extensión atenuatoria al delito de desórdenes públicos y por ende debe suprimirse de tal delito la circunstancia atenuante, ya que el mero hecho de una consignación de una cantidad para cubrir de forma genérica el importe de los daños causados, en nada afecta al delito de desórdenes públicos, cuyo bien jurídico protegido es el orden público, es decir, un bien que no posee carácter privado, sino un carácter público y social y que "per se", no lleva consigo una reparación patrimonial. La sentencia por su parte no ha establecido asignación dineraria alguna por la comisión y efectos del concreto delito de desórdenes públicos.

El motivo, por todo ello, deberá estimarse.

RECURSO DE LA GENERALITAT DE Catalunya Y DE Raúl

TERCERO .- En el motivo primero los recurrentes realizan una doble referencia a la sentencia que impugnan:

- a) Por un lado aducen error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 849. 2 L.E.Cr .)
- b) Por otro lado denuncian la infracción de precepto penal sustantivo (art. 839. 1º L.E.Cr .) por inaplicación del artículo 550 del Código Penal en su redacción actual, o bien el 550 y 551, en la redacción vigente en el momento de la comisión del hecho.

La tesis impugnativa se resume en lo siguiente: "cualquier persona situada en el lugar y momento de los hechos, dadas todas las circunstancias concurrentes y pese a que **no conociera la identidad y cargo ostentado por el orador**, habría concluido que el mismo se encontraba ejerciendo funciones públicas y sería además consciente de la elevada **posibilidad** de que dicho orador ostentara la condición de autoridad.

1. Respecto al primer submotivo (error facti) invoca como documento las grabaciones de los hechos efectuados por el cámara de TV3 y por las cámaras de seguridad del Centro Cultural Blanquera. En el Centro donde se iba a celebrar el acto los organizadores colocaron un atril y un micrófono y tras él y como única bandera "la senyera". También se dispuso un estrado y peanas con cordones para separar dicho estrado de la zona habilitada para público.

Pues bien, a esas afirmaciones factuales del relato probatorio los recurrentes quieren añadir: "*También se dispuso un estrado y peanas con cordones para separar dicho estrado de la zona habilitada para el público asistente*".

2. Respecto al segundo submotivo los recurrentes pretenden dar **otra interpretación** a los hechos probados, alterando lo explicitado en el factum, en particular con las siguientes afirmaciones:

- a) " Agustín arrojó al suelo el atril junto al que, impasible se mantenía el delegado de la Generalitat ante el gobierno Raúl , **cuya identidad y cargo desconocía** , y encarándose a él le dirigió insultos relativos a su condición de catalán y amenazas de muerte obligándole a retroceder, intimidado por la proximidad corporal y sus palabras, hacia la pared situada a su espalda.
- b) No aparece acreditado que las personas que ejecutaron los hechos descritos conocieran la identidad de Raúl , y el cargo de Delegado de la Generalitat de Catalunya que ostentaba desde el mes de agosto de 2013.

La sentencia por su parte desechó la comisión del delito de atentado en ausencia del elemento subjetivo del injusto, cual es, conocer el carácter de autoridad del sujeto pasivo y su voluntad de atacar o menospreciar el principio de autoridad.

Por su parte la sentencia sostiene que el Sr. Raúl , Delegado del gobierno, de la Generalitat de Catalunya "había sido nombrado para el cargo que ostentaba el 4 o 5 de agosto del año 2013 y los hechos tuvieron lugar, es de sobra conocido, el 11 septiembre 2013; así pues, pocos días después de su nombramiento, y aquel acto iba a ser su presentación oficial; dijo en el acto del juicio que "yo no era conocido para el público porque me nombraron en agosto". Para la asistencia al acto el señor Raúl había remitido invitación oficial -por correo electrónico en la mayoría de los casos y ordinario como excepción- a ministros, diputados, senadores, magistrados del Tribunal Supremo y del Constitucional, del mundo empresarial, etc. Pero a la misma no se incorporaba programa alguno por lo que para todos resultaba ignorado si el acto iba a ser o no presentado, por quién o por quienes, qué personas o personalidades intervendrían y en qué orden. En suma, es completamente



imposible inferir que alguno de los componentes del grupo... tuviera conocimiento de que quien estaba de pie ante el atril y que ni siquiera ha tenido tiempo de tomar la palabra era precisamente Raúl , Delegado del gobierno, de la Generalitat de Catalunya.

Además, como precisa la sentencia (fundamento jurídico 3º, página 30) el Delegado del gobierno "no llevaba ningún distintivo ni ocupaba lugar asignado al efecto". El propio Sr Raúl manifestó "que ni se publicó lista de asistentes ni su condición".

Frente a ello el recurso interpuesto nos dice:

- a) Que en ausencia de conocimiento directo la condición de funcionario o autoridad cabe **deducirla** por vías indirectas.
- b) Respecto a la condición de funcionario público bastaría la participación en la función pública, como proclama el artículo 24 C.E .
- c) Presidir y actuar como orador en un acto institucional de celebración del día oficial de Catalunya supone participar en el ejercicio de las funciones públicas
- d) Los acusados podría fácilmente conocer, a través de Internet o por cualquier otro medio, el carácter oficial del acto y del local y que el orador se encontraba participando en el ejercicio de funciones públicas; y cualquier persona se podía representar la elevada **posibilidad** de que se tratara de una autoridad
- e) El acusado Agustín se encaró al acusador y le dirigió "insultos relativos a su condición de catalán y amenazas de muerte, obligándole a retroceder", lo que resulta claramente indicativo del ánimo del acusado de ofender o menoscabar el principio de autoridad... cuya representación **intuía** el Sr. Agustín que encarnaba en aquel acto el Sr. Raúl .

3. Ninguno de los dos submotivos puede prosperar. La alteración factual propugnada por la vía del "error facti" (art. 849.2 L.E.Cr .), aunque sea correcta la invocación como documento literosuficiente, el mismo y de sus imágenes lo único que trasmite son los datos o requisitos objetivos del delito, pero no el dolo o elemento subjetivo del mismo, por lo que no resulta eficaz para provocar la alteración del factum, lo que hace que no pueda ser admitido.

Respecto a la infracción de ley por no aplicación del artículo 550 y 551 del código vigente a la fecha de los hechos y el 550 actual después de la reforma operada por L.O 1/2015 de 30 marzo, el Ministerio Fiscal aduce con pleno acierto dos argumentos decisivos que dan al traste con el motivo.

El primero de ellos es el condicionamiento que impone la naturaleza del motivo, articulado por corriente infracción de ley, que obliga a respetar en todo su contenido, orden y significación el relato de hechos probados y en ellos se dice claramente o de modo apodíctico que el acusado desconocía la "identidad y cargo del sujeto pasivo".

La segunda condición está integrada por la ausencia de intermediación de este Tribunal casacional que impide realizar nueva valoración de los hechos para condenar a una persona sin haber sido oída. Ello implicaría vulneración del derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías y que el Tribunal de Derechos Humanos europeos con sede en Estrasburgo ha proclamado insistentemente y nuestro Tribunal Constitucional nos lo recuerda con reiteración en abundantes sentencias, tales como, 167/2002 , 170/2002 ; 197/2002 ; 198/2002 ; 230/2002 ; 41/2003 ; 68/2003 ; 118/2003 ; 189/2003 ; 50/2004 ; 75/2004 ; 192/2004 ; 200/2004 ; 14/2005 ; 43/2005 ; 78/2005 ; 105/2005 ; 181/2005 ; 199/2005 ; 202/2005 ; 203/2005 ; 229/2005 ; 90/2006 ; 309/2006 ; 360/2006 ; 15/2007 ; 64/2008 ; 115/2008 ; 177/2008 ; 3/2009 ; 21/2009 ; 118/2009 ; 120/2009 , 184/2009 ; 2/2010 ; 127/2010 ; 45/2011 y 142/2011 . A todas ellas deben añadirse como más recientes las de, SS.T.S 450/2011, de 18 de mayo; 1217/2011, de 11 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 1385/2011, de 22 de diciembre; 209/2012, de 23 de marzo y 236/2012, de 22 de marzo, etc.etc.

Los oportunos argumentos del Fiscal que esta Sala asume en su integridad son plenamente aplicables al caso concernido. En efecto la Audiencia Provincial ha razonado y justificado con suficiente base probatoria, que ni de forma directa ni indirecta el acusado conocía la condición o el carácter del ofendido. Éste se dirigía al atril y allí se mantuvo, sin comenzar a pronunciar palabra. Podía haber sido uno de los organizadores del acto o encargado del funcionamiento de los micrófonos o el moderador o presentador del evento, porque ningún distintivo le acreditaba su condición de Delegado del Gobierno catalán para la que hacía poco había sido nombrado. Por todo ello y ante la imposibilidad de condenar sin oír directa y personalmente al acusado (no existe trámite previsto para que ello se produzca) procede mantener la absolución por tal delito.

El motivo no puede prosperar.



CUARTO.- En el motivo segundo, con sede procesal en el artículo 849. 1 L.E.Cr . los recurrentes pretenden la aplicación del artículo 557 bis 3º en la redacción actualmente vigente, en tanto prevé una modificación específica del delito de desórdenes públicos.

1. Recuerdan los recurrentes que el acto celebrado tuvo lugar en la Delegación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, sita en el Centro Cultural Blanquerna, calle Alcalá número 4 de Madrid, y a "dicho acto asistieron unas 200 personas".

La Audiencia Provincial por su parte excluyó tal pretensión en el fundamento jurídico 2º, en los siguientes términos: "...debemos excluir la subsunción de los hechos en los artículos 557 bis 3ª del Código Penal y en delito del artículo 557 ter del Código Penal vigente en la actualidad tras la entrada en vigor el 1 de junio de 2015 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, como interesa la defensa de la Generalitat de Catalunya y de Raúl , porque estos preceptos han sido introducidos "ex novo" por la Ley Orgánica y no tienen efecto retroactivo, conforme dispone el artículo 2. 1 del Código Penal : "no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración"

Sin embargo los recurrentes manifiestan que en sus conclusiones provisionales (no elevadas a definitivas) acusaron por los artículos 557. 1 y 557. 2 de C.P . Alegan que el precepto en su anterior redacción 557. 2 del Código Penal, imponía la pena superior en grado, señalando (con error) que abarcaría una horquilla de 3 a 6 años, de prisión, mientras que el actual artículo 557 bis 3º, impone pena menor (de 1 a 6 años), lo que hace que resulte aplicable por ser más favorable al reo (artículo 2. 2 del C.P .).

Consideran que la antigua y la nueva redacción del subtipo agravado no difiere en nada fundamental. En la redacción antigua se hablaba de "eventos o espectáculos que congreguen a **gran número de personas**" y en la redacción actual refiere que los actos perturbadores del orden público se lleven a cabo "en una **manifestación o reunión numerosa** o con ocasión de ella".

Los recurrentes concluyen que de ser aplicables los dos preceptos debe imponerse ley penal del vigente después de la reforma L.O. 1/2015 de 30 de marzo, en tanto resulta más favorable.

2. También en relación a este motivo deben tenerse presente las certeras consideraciones realizadas por el Fiscal oponiéndose a la estimación del motivo. Debe rechazarse en primer término que las penas previstas en los dos bloques normativos obligan a imponer la pena del precepto vigente por ser más beneficioso, pues en el precedente la pena prevista, la inmediatamente superior a la de 6 meses a 3 años que señala el tipo básico, oscila entre los 3 años y los 4 años y 6 meses. La sanción prevista en el actual discurre entre 1 año y 6 años, esto es, en una tiene un límite inferior más favorable, pero es más grave el superior y en la otra ocurre lo contrario, tiene un límite inferior más alto (3 años), pero el superior es más favorable (4 años y 6 meses).

Pero prescindiendo de este dato la propuesta de aplicación de la legalidad nueva la fundamentan los recurrentes en que el ámbito de aplicación es más reducido en el vigente artículo 570 bis 3º del Código Penal .

No puede, como apunta el Fiscal, imponerse una interpretación que otorgue el artículo 570.2 del Código Penal del Código antes de la reforma, un carácter extensivo, que no tiene y además en perjuicio del reo. En efecto al sustituir la frase " **gran número de personas**" por "una **manifestación o reunión numerosa**", se ha dado mayor amplitud al alcance del tipo.

Consecuentemente para aplicar la norma con el alcance anterior, era necesario que tales actos se produjeran "con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos, que congregaran a un gran número de personas", mientras que en la actualidad bastaría que los hechos se lleven a cabo en "una reunión numerosa o con ocasión de ella".

De ahí se puede concluir que la nueva redacción del precepto si permitiría su aplicación al caso de autos, ya que la celebración del acto en el local Blanquerna, tendría el carácter de "reunión numerosa", pero el precepto no existía en el momento de comisión de los hechos.

Restaría dilucidar si nuestro caso resultaría subsumible en el antiguo 572.2, que requería que se realizarán en **eventos o espectáculos** empleando ambos términos como sinónimos como demuestra el propio legislador cuando en el segundo apartado del precepto, nos dice: "con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos **eventos...** " Con lo cual, se puede entender, que el concepto evento empleado por el legislador, lo hace como sinónimo de espectáculo, y espectáculo según la Real academia es, "*función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla*", refiriéndose pues, única y exclusivamente a espectáculos públicos, a todos aquellos que libremente, si bien, bajo el pago o no de la correspondiente entrada, puede acceder cualquier persona y no cabe duda que la "mens legislatoris", estaba dirigida a tipificar aquellos actos perturbadores de la paz pública que se estaban produciendo en los espectáculos deportivos. A ello se podrían



añadir los conciertos, recitales musicales y otras celebraciones desarrolladas en campos de fútbol o de baloncesto, plazas de toros, y otros recintos o explanadas capaces de albergar multitud de personas.

No parece ser otra la razón de la introducción de tal precepto, por la reforma del año 2003 -nos dice el Fiscal-; pues al haberse producido alteraciones de orden público en diversos espectáculos deportivos, y concretamente en los campos de fútbol, siguiendo las Directivas Europeas y normas reguladoras de las actividades deportivas, consideró conveniente, la tipificación como agravante de tal conducta. A tal interpretación, pareció abonarse este Alto Tribunal, (si bien "obiter dicta") cuando declaró, *"la LO15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acentuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o la totalidad de los asistentes"* (STS 136/2007 de 8 de febrero).

Por otro lado, la asistencia al acto no tenía un carácter abierto o público sino que se accedía con invitación personal y tras la confirmación de asistencia, y el lugar de la celebración, era un local propiedad de la Generalitat de Catalunya.

En cualquier caso faltaría el requisito de la asistencia de gran número de personas, ya que no es lo mismo **reunión numerosa** (que sí sería aplicable conforme a la nueva legalidad) que **"gran número de personas"** que requeriría que se congregaran masas en los referidos espectáculos o eventos.

Todavía, acogiendo las sugerencias del Fiscal, desde la óptica de una interpretación sistemática, resulta que en otros tipos penales como el artículo 558 del C.P ., el legislador, no requiere para la punición de la conducta tipificada la asistencia de gran número de personas.

Por todo ello el motivo se desestima.

QUINTO.- El motivo tercero lo residencia igualmente en el artículo 849. 1 L.E.Cr ., consecuencia de la inaplicación del artículo 263. 2º. 4º, relativo al delito de daños. Simultáneamente invoca el artículo 851. 3 1 L.E.Cr ., por no haberse pronunciado la audiencia, a pesar de ser solicitada por la acusación particular la aplicación de este subtipo agravado.

1. Los recurrentes parten de los hechos probados que dejan sentado que el acto de celebración del día de Catalunya (11-9-2013) tuvo lugar en la Delegación del Gobierno de la Generalitat ante el Gobierno del Estado, local propiedad de la Generalitat.

En el mismo factum se describe que el grupo de asaltantes al edificio, para acceder al mismo "rompieron la puerta automática de cristal de la entrada al local causando daños tasados judicialmente en 1372,14 ?". La acusación particular en sus conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, interesó la aplicación a estos hechos del artículo 263. 1 y 2. 4º del Código Penal , cualificación prevista para los supuestos de daños en bienes de dominio o uso público o comunal.

El carácter público de tal inmueble, resulta de diversos textos normativos, que oportunamente cita (art. 5.1 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre sobre patrimonio de las Administraciones públicas; art. 3.1 del Decreto-legislativo 1/2002 de 24 de diciembre sobre Ley de Patrimonio de la Generalitat de Catalunya , y la L.O 6/2006 de 19 julio de reforma del Estatuto de autonomía de Catalunya).

Por su parte la sentencia a pesar de reconocer que "no es discutible la consideración del lugar de los hechos, Centro Cultural Blanquerna... como espacio público" y que "se produjo un ataque colectivo... en un edificio propiedad de la Generalitat", no se pronuncia sobre la pretensión formulada y aplica el tipo básico del 263.1 del C. P, sin argumentar nada sobre la cualificación penal.

2. El fiscal que apoya el motivo, refuerza los argumentos del recurso de la acusación, a pesar de que en su momento y ante la Audiencia Provincial no interesó la aplicación de dicha cualificación.

A la normativa que atribuye la condición de bien público añade el Decreto de la Generalitat de Catalunya de 158/2002 de 11 junio, de reestructuración de la Delegación del gobierno de la Generalitat en Madrid, al que se remite el Decreto 93/2008 del 9 abril, en el que se establece la adscripción de la delegación al Departamento de la Presidencia (artículo 2) y dentro de sus dependencias incorpora "el Centro Cultural Blanquerna (art. 5º).

Por su parte la sentencia recoge el carácter público del inmueble y la rotura de la cerradura y daños ocasionados en la puerta de acceso ocasionados por el grupo de personas que accedió de modo violento al local. Todo ello abocaría a la aplicación del subtipo agravado interesado por la acusación.



3. La pretensión encauzada por el artículo 849.2 L.E. Cr . (error facti) no tendría cabida al no acudir los recurrentes al mecanismo legal imperativamente establecido en el artículo 161 L.E.C . y 272 L.O.P.J , cuyo objetivo es evitar dilaciones indebidas, si por la omisión de un pronunciamiento retornan los autos a la instancia

Sin embargo, desde el cauce de la correcta infracción de ley penal sustantiva si podría analizarse la cuestión planteada, y ante unos hechos probados y su desarrollo en los fundamentos jurídicos, que acreditan sin ningún género de dudas, que los daños, superiores en valor a los 400 €, se produjeron en un local de naturaleza pública, determina inexorablemente la aplicación de la agravación del artículo 363.2º-4º del C.P .

El fundamento de la agravación se halla en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los locales o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos. Sobre este punto nuestro Código acoge la idea de que el bien dañado esté afecto a un servicio público, destacando que la afectación o vinculación a dicho servicio es sin exigencia añadida de que tal destino o aplicación lo sea en función a su especial naturaleza o por haber sido objeto de algún tipo de acondicionamiento, como apostilla el Ministerio Fiscal.

El motivo debe estimarse.

SEXTO.- El motivo 4º, con igual anclaje procesal que los anteriores (artículo 849. 1º L.E.Cr .), lo dedica a protestar por la no aplicación del artículo 514. 4 del Código penal , que castiga a los que con violencia impidiesen el ejercicio del derecho de reunión.

1.- En sus razonamientos los recurrentes destacan que en hechos probados se hace constar uno de los propósitos que guiaban a los acusados, y así se dice... "con la finalidad de protestar frente al acto e **impedir su celebración...**"

La aplicación del precepto estaría amparada según los recurrentes por el artículo 1. 2 de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 julio reguladora del derecho de **reunión** , entendiéndose por tal "la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada". El artículo 2 establece que se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente ley orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes...", entre las que tendría cabida la que nos ocupa.

A continuación los recurrentes discrepan de las razones que adujo el Tribunal de instancia para negar la subsunción de los hechos en el artículo 514. 4 del Código penal , y que no eran otras que los hechos eran coincidentes con los propios de los desórdenes públicos, o quedaban consumidos en el artículo 557 del Código Penal . Castigar ambos supondría una infracción del principio "*non bis in idem*.."

En contra de la tesis de la Audiencia los recurrentes consideran que no estamos ante un concurso de normas sino ante un concurso de delitos.

Para la operatividad del principio "*non bis in idem*" es preciso que se produzca no sólo la identidad de hechos y sujeto sino identidad de fundamento para castigar; es decir que la norma proteja idénticos intereses o bienes jurídicos y éste no es el caso, ya que el bien jurídico protegido en el artículo 557. 1º es la paz pública o el orden público, en su manifestación de pacífica convivencia social con posibilidad de ejercer en plenitud los derechos fundamentales de los que gozan, mientras que el bien jurídico protegido por el artículo 514. 4 es el ejercicio legítimo del derecho fundamental de reunión.

Los recurrentes concluyen que el delito de desórdenes públicos del artículo 557. 1 no exige que los hechos que tipifica (alteración de la paz y el orden público con violencia) impidan la celebración de una reunión; y el delito del artículo 514. 4º tampoco exige que la conducta de impedir una reunión se efectúe mediante los hechos tipificados en el artículo 557. 1 (no exige este precepto, por ejemplo, que se actúe en grupo, ni que se produzca una alteración de la paz y el orden público). Incluso nos dicen que de reputar un concurso de normas y no de delitos determinaría la imposición de la pena del artículo 514. 4 que es más grave que la del 557. 1

2.- El Ministerio Fiscal, por su parte presta un apoyo parcial al motivo, y es parcial porque, aún entendiéndose que a través de unos mismos hechos se lesionan bienes distintos en los tipos del 557. 1 y 514. 4, debe entenderse que los injustos típicos resultantes se hallan en concurso ideal, pero no real como propugna el recurrente.

Los hitos argumentales del Fiscal son los siguientes:

a) La condena por delitos después de dictar sentencia absolutoria es posible, ya que no nos hallamos ante la ausencia en unos casos o expresa negación en otros en los hechos probados de los elementos objetivos que configuran el tipo.

b) Al estar incorporados al *factum* los elementos nucleares del delito (objetivos y subjetivos) la cuestión se limita a un problema estrictamente jurídico que no impediría mutar una sentencia absolutoria en otra de signo condenatorio o que contenga una agravación de la pena impuesta. En estos casos no resulta necesario oír



personalmente al acusado, para cubrir la inmediatez, pues dicha audiencia ninguna garantía añadiría a la defensa, que ha podido replicar y defenderse en la instancia de tal imputación.

c) Consecuentemente por la vía del artículo 849. 1 L.E.Cr . se corrigen los errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato probatorio, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia (véanse SSTs 788/2015 de 9 diciembre y 214/16 de 15 marzo).

d) En los hechos probados se dice que al acto asistieron 200 personas y los acusados "con la **finalidad** de protestar frente al acto e **impedir** su celebración conjunta y el mismo..."

e) En el segundo fundamento se manifiesta que la acción enjuiciada produjo "como efecto directo la **imposibilidad** de la celebración del acto".

3.- Los argumentos tanto de los recurrentes como del Fiscal son plenamente acogibles por las propias razones que lo sostienen, sin que las razones que justifican la absolución por este delito puedan prevalecer. Dicha conducta, a diferencia de lo que manifiesta la Audiencia, no estaría absorbida por el delito de desórdenes públicos, ni se infringiría el principio *non bis in idem*.

Sin perjuicio de aplicar un solo tipo delictivo en su mitad superior (la que asigne pena más grave), el concurso ideal es evidente, en tanto en cuanto se puede impedir una reunión, sin cometer desórdenes públicos, o producirse una situación de desórdenes públicos sin que existan personas reunidas en el ejercicio de ese derecho fundamental.

El motivo debe estimarse en los términos interesados por el Fiscal.

SÉPTIMO.- En el motivo 5º se formulan dos conjuntamente dirigidos al mismo objetivo, cual es, la aplicación del artículo 543 del C.P . que castiga los ultrajes a la bandera o símbolos de España y de las comunidades autónomas:

El primero, a través del artículo 849. 2 L.E.Cr . (error facti, con el propósito de incluir en el relato probatorio una afirmación complementaria.

El segundo, por corriente infracción de ley (artículo 849. 1 L.E.Cr .), por inaplicación del artículo 543 del Código Penal .

1.- En el primer motivo se invoca como documento la grabación de los hechos realizada por las cámaras de TV3, y en base a la misma sustituir la expresión "... ya en el estrado Ignacio arrojó al suelo de un manotazo la senyera", por otra en que se diga: "... Don Ignacio se dirigió directamente a la bandera, la cogió y la arrojó al suelo con violencia y desprecio".

2.- La aplicación del artículo 553 del Código Penal se halla en directa relación con la alteración factual de la sentencia.

Los recurrentes entienden que no se precisa un ánimo específico distinto al dolo típico, de forma que bastaría con el simple conocimiento del carácter atentatorio al honor ajeno de la acción típica realizada.

No se precisa acto alguno añadido si puede advertirse el desprecio que conlleva la acción ejecutada, por lo que no haría falta que la pisoteara o efectuara otro acto despreciativo para considerar incluida una voluntad de ofender o ultrajar el símbolo. Cualquier hecho que pudiera considerarse ofensivo o ultrajante bastaría para cubrir el elemento subjetivo del tipo.

3.- El motivo por error facti debe rechazarse, pues partiendo de la grabación de TV3, no se descubre un propósito ofensivo o de menosprecio, por la simple visualización de los actos objetivos ejecutados.

Ciertamente que existen actos inequívocos a efectos de revelar un propósito, pero el delito con características similares a los de la injuria exige un dolo característico, consistente en un propósito de menospreciar y ultrajar la bandera. Existen actos como pisotearla, escupirla, quemarla, rasgarla, romper el mastil, etc., que por sí mismos pueden evidenciar ese dolo del sujeto activo pero ese no es el caso.

Por todo ello y ante la inutilidad del documento (grabación) para acreditar el dolo que exige el delito del artículo 543, procede desestimar el primer submotivo.

4.- No prosperando el primer submotivo, carece de sentido el segundo respecto al cual hacemos nuestros los argumentos contenidos en el fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida (páginas 33,34 y 35) y ante el propósito demostrado del acusado y sus consortes en la acción de "reventar" el acto (impedir la celebración de la reunión convocada), no cabe atribuir intenciones supuestas al acusado.

Éste, como sus compinches, pretendía con la eliminación o desubicación de los elementos infraestructurales de la celebración que no se llevará a cabo, actuando contra tales elementos (micrófono, bandera, cámara de



televisión, atril, etc) para desbaratar el organigrama del acto y anularlo e impedir su celebración, propósito que sí recoge la sentencia.

El motivo no puede prosperar.

OCTAVO.- Con sede procesal en el artículo 849. 1 L.E.Cr ., en el motivo 6º, entienden los recurrentes inaplicado el artículo 147 en su nueva redacción, todo ello de conformidad a la Disposición Transitoria Primera de la L.O. 1995 de 23 de noviembre, que promulgó el nuevo Código Penal .

1.- Conforme a tal disposición transitoria y la transitoria 1ª apartado 2º de la L.O. 1/2015, la ley antigua y la nueva a efectos de comparaciones en la búsqueda de la disposición penal más favorable, debe tomarse en consideración aplicando las normas completas del código en su redacción anterior o con las de código actual, después de la reforma, ya que de seleccionar parte de la normativa del Código precedente y del reformado resultaría una "*Lex tertia*" que supondría atribuir al juzgador facultades legislativas.

Pues sobre esa base argumental los recurrentes sostienen que la sentencia incurre en infracción de ley, al no haber aplicado las condenas por lesiones leves a Valeriano , por maltrato a Ignacio y a Efrain , conforme al artículo 147 del Código Penal en su vigente redacción, pues siendo más favorable la aplicación total del Código Penal vigente, según expuso en el motivo 1º y 2º, debe aplicarse el citado código en su conjunto.

2.- El motivo no puede prosperar. Como bien apunta el fiscal los recurrentes pretenden la aplicación retroactiva de la norma en perjuicio del reo, (haciendo caso omiso al artículo 2 del Código Penal), puesto que como muy bien dice la sentencia impugnada, tras la reforma del Código Penal, dichas conductas, se castigan como delitos leves, y la pena que pudiera imponerse en tal concepto, es superior a la señalada por el Código Penal vigente en el momento de los hechos para las faltas por las que se ha dictado la sentencia condenatoria, pues el artículo 147. 2 cuya aplicación retroactiva pretende el recurrente, establece la pena de multa de uno a tres meses, mientras que el artículo 617, vigente en el momento de los hechos, no permitía la imposición de la pena de multa superior a la de dos meses.

El motivo, por ello, no puede ser acogido.

NOVENO.- Con sede procesal en el artículo 849. 1 L.E.Cr . en el motivo séptimo se considera injustificadamente inaplicada la agravante de disfraz (artículo 22. 2 del C.P .) en Ignacio .

1.- Según el factum, -nos dicen los recurrentes- el acusado referido, al acceder al Centro Cultural Blanquerna el día de los hechos, cubría su rostro con un pañuelo y unas gafas de sol y un pañuelo negro, y añade "que le cubría la mitad del rostro, pese a lo cual sus facciones eran visibles e identificables".

Los recurrentes analizan el hecho desde las dos perspectivas que configuran la agravación:

a) Para éstos concurre el elemento objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro y la apariencia habitual de una persona. Es suficiente por tanto que se utilice un dispositivo útil, para que en abstracto se impida la identificación del sujeto aunque por otros medios, como la voz, no se logre ese objetivo.

b) El hecho de que con posterioridad haya comparecido ante la policía, no le resta efectividad a la ocultación del rostro.

2.- A los recurrentes no les asiste la razón.

La Sala de Instancia en su aspecto objetivo relató que el pañuelo sólo le cubría una parte del rostro, por lo que era visible otra parte de él, así como el cabello y demás rasgos faciales no cubiertos. También los rasgos fisionómicos o estructurales del cuerpo eran inconfundibles y fácilmente identificables, hasta el punto que los agentes policiales con la sola visión del vídeo fue uno de los asaltantes que identificaron de inmediato. Así pues, ni el disfraz tenía aptitud para ocultar la identidad y de facto no la ocultó porque se identificó de inmediato.

Desde el punto de vista de su propósito o intenciones el tribunal de origen no puede conocerlos al resultar imposible penetrar en su mente, pero fue convincente la presentación inmediata al día siguiente a la policía, lo que excluiría el propósito de pasar desapercibido.

Desde el punto de vista formal no es posible apreciar una atenuante cuyas exigencias objetivas y subjetivas no se hacen constar en el factum. Sería preciso alterarlo.

La Audiencia en su exclusiva y excluyente función valorativa de las pruebas, como tribunal de inmediación, ha llegado a la plena convicción, que esta Sala considera razonable y fundada, de que el disfraz no era hábil para impedir la identificación y tampoco el sujeto agente tenía ese propósito, y esta Sala no puede sustituir tal apreciación.



Es motivo no puede prosperar.

DÉCIMO.- En base al artículo 849. 1º, en el motivo 8º, los recurrentes estiman que procedía la aplicación de la agravante de actuar por discriminación ideológica (artículo 22. 4 del C.P .) que fue indebidamente inaplicada: sobre la presente agravatoria, ya argumentamos suficientemente al estimar el motivo 1º del Fiscal. Remitiéndonos a los argumentos allí expuestos el motivo deberá estimarse, ya que existió acusación sobre este punto (fiscal y acusación particular) y el tribunal de origen incorporó los elementos configuradores de la agravatoria, así objetivos como subjetivos en el relato histórico, desarrollados en la fundamentación jurídica, en la que se descubre que el motivo impulsor del delito o delitos cometidos fue la intolerancia hacia la ideología catalanista de los convocantes del acto, hasta el punto de llegar a impedirlo.

Consiguientemente y sin necesidad de insistir en las razones expuestas para acoger dicha pretensión, el motivo octavo debe ser estimado.

DÉCIMO PRIMERO.- Amparados en el artículo 849. 1º L.E.Cr . los recurrentes estiman indebidamente aplicada la atenuante de reparación del daño (artículo 21. 5º) respecto al delito de desórdenes públicos.

También respecto a dicho motivo recurrió el Ministerio Fiscal (motivo 2º) y al resolverlo se dio una respuesta positiva al mismo, que debe trasladarse a la misma pretensión interesada por las acusaciones particulares.

La cantidad consignada tenía por objeto, reparar los daños causados en la cerradura de la puerta.

Por todo ello el motivo noveno por coherencia, debe igualmente estimarse.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el motivo décimo, condicionado a la desestimación del primero y el amparo del artículo 849. 1 L.E.Cr . considera inaplicados los artículos 169 , 171.7 , 172.1 o 172. 3 del C. P , respecto al acusado Agustín .

1.- El argumento fundamental que sostiene el motivo es que las coacciones y amenazas contra el señor Raúl , Delegado de Gobierno, son homogéneas con el delito de atentado y la absolución de éste no debiera impedir la condena por sendas faltas de coacción o amenaza, en caso de no reputarse delictivas (artículo 169 y 172 del C.P .).

Los recurrentes, reflejan lo explicitado en el factum y los argumentos sentenciales de los que discrepan.

Así, la sentencia impugnada considera probados: " Agustín arrojó al suelo el atril ante el que, impasible, se mantenía el Delegado de la Generalitat ante el gobierno, Raúl , cuya identidad y cargo desconocía, y encarándose a él le dirigió insultos relativos a su condición de catalán y amenazas de muerte obligándole a retroceder, intimidado por la proximidad corporal y sus palabras, hacia la pared situada a su espalda".

La Sentencia considera que tales hechos, *"si bien no tienen su encaje legal en el delito de atentado, por lo expuesto previamente, sí integrarían la falta analizada (falta de coacciones). Pero ninguna de las acusaciones imputa a dicho acusado el delito de coacciones... Por tanto, por vinculación al principio acusatorio, no ejercido por la acusación pública ni por las particulares en relación con este acusado, no cabe pronunciamiento de condena, pues el delito de atentado y las coacciones son ilícitos heterogéneos. Procede, por ello, la absolución de Agustín por la falta de coacciones"* (Fundamento de Derecho Cuarto, letra C).

A su vez la propia sentencia estima que los hechos probados podrían ser constitutivos de falta, y en tal sentido nos dice: *"las circunstancias, el entorno y la motivación política en las que se produce la acción; la falta de concreción de las expresiones proferidas; la brevedad del encuentro entre sujeto activo y pasivo; la ausencia de relaciones previas y personales entre las partes y de actos anteriores y posteriores al que nos ocupa determinan su calificación como falta y no como delito"* (Fundamento de Derecho Segundo, letra C).

Al desarrollar el motivo hace hincapié sobre la homogeneidad entre los delitos de atentado y amenazas y coacciones, destacando que lo que se debe impedir es la lesión efectiva del derecho de defensa, es decir, que en la condena no exista elemento nuevo alguno del que el condenado no haya podido defenderse. Desde luego la homogeneidad no deriva de la colocación sistemática de los tipos únicamente, sino que atiende a la necesidad fundamental de evitar una material indefensión: además de la identidad de bien jurídico lesionado, debe atenderse a la tipología o elementos componentes de la acción primaria (configuración de la acción).

2.- El Ministerio Fiscal, en la línea de su brillante informe, ofrece la condigna respuesta a este reparo casacional.

Hemos de partir como hace la sentencia que por los tipos penales de coacciones y amenazas no fue específicamente acusado en los escritos de calificación Agustín .

Puede resultar acogible las tesis, no descartable, de que a nivel teórico o general pueda existir homogeneidad entre atentado y coacciones, pero -dice el fiscal- en nuestro caso nos encontramos ante un supuesto de unidad natural de acción, en tanto las coacciones no constituyen un **elemento independiente** de los desórdenes



públicos y el impedimento del ejercicio del derecho de reunión (delito del artículo 514. 4 del Código Penal) y en tal caso las conductas que los recurrentes pretenden sean castigadas de forma autónoma se consumen en esas dos figuras delictivas mencionadas.

En este sentido resulta esencial la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo 1630/1993 de 2 de julio , invocada por el Fiscal, según la cual los actos que se den en una estrecha relación temporal y espacial y se lleven a cabo sobre la base de una voluntad que los abarca en conjunto, constituyen una única acción, dado que aparecen como un objeto único de valoración jurídica.

Consiguientemente, es indudable que el delito de desórdenes públicos, en la medida en que constituye una obstrucción del libre ejercicio de las acciones de otros, absorbe el desvalor de las coacciones...

Por último podemos comprobar, que bien por las condenas personales de los excesos del plan proyectado, integrantes de faltas, (ahora delitos leves), -tales como lesiones por las que se condena a Valeriano , maltrato de obra a Efrain y Ignacio -, contribuyeron, junto a la actitud **violenta y coactiva** , esto es, presionante, frente a los asistentes, y organizadores del acto a provocar los altercados determinantes del delito de desórdenes públicos y contribuyentes, por su carga coactiva, a impedir el ejercicio del derecho de reunión de los afectados, las conductas, cuya condena se propugna, están consumidas en esos dos delitos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO .- En el motivo décimo primero y último de los recurrentes con sede procesal en el artículo 849. 2 y 849. 1 de la L.E.Cr ., entienden indebidamente inaplicados los artículos 28 y 147 del Código Penal en su redacción vigente.

1.- La razón del motivo estriba en no haber extendido la punición por la falta de lesiones (ocasionadas al señor Raúl) a todo el grupo, al no haberse identificado al autor del esparcimiento en el local de un spray irritante, al final del incidente.

Se articula en dos submotivos:

a) Submotivo 1º: 849. 2 . L.E.Cr. en base al cual pretende que se incorpore a los hechos probados lo referido en el fundamento de derecho 6º de la recurrida, en los siguientes términos:

"Como consecuencia del gas irritante, sufrió hiperemia faríngea y picor ocular, requiriendo de primera asistencia facultativa y 3 días de curación, ninguno de ellos impeditivo para su ocupaciones habituales. Así consta acreditado en los informes de asistencia unidos a los folios 33, 34,447 y 448 y en el de sanidad médico-forense unido al folio 446 de las actuaciones".

b) Submotivo 2: artículo 849. 1º L.E.Cr . en que se propugna, con carácter extensible a todos los partícipes la aplicación del artículo 147 del C.P .

Sostienen los recurrentes que no se trataba de un exceso de uno de los partícipes, sino que por el contrario fue algo que implícitamente formaba parte del proyecto delictivo o plan trazado por el grupo.

Invoca jurisprudencia de esta Sala, según la cual *"la coautoría, o realización conjunta del delito no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo sean ejecutados por los coautores... son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. (dolo compartido) "*

Los recurrentes concluyen que *"si la finalidad compartida por todos los integrantes del grupo -coautores- era interrumpir e impedir el acto (dolo compartido); si cada uno de los atacantes contribuyó, con su respectivas y distintas contribuciones, a la consecución de dicha finalidad (coautoría ejecutiva parcial); y si la conducta consistente en arrojar el spray obedecía precisamente a dicha finalidad compartida, habrá que concluir que dicha acción resulta imputable a todos los integrantes del grupo".*

2.- Respecto al motivo por error facti, en principio son razonables y aceptables los documentos que invocan los recurrentes, en cuanto sin prueba en contra acreditan la producción de unas lesiones leves, consecuencia de respirar un spray irritante esparcido por iniciativa exclusiva de uno de los partícipes cuando ya se habían retirado todos, por entender concluidos y realizados sus propósitos.

Sin embargo no procede modificar el factum, porque aunque se reconozca la existencia de esos hechos delictivos, no pudo determinarse el autor. Por tanto con tal incorporación sigue sin estar determinado el autor. Si ante tal circunstancia se pretende responsabilizar a la totalidad del grupo, dicha postura tropieza con el factum y fundamentación de la sentencia que entiende que fue un exceso fuera de los propósitos compartidos del grupo. Pero además, si la pena prevista en el artículo 147 por el delito leve es más grave que la establecida



para la falta tampoco podría imponerse al grupo tal sanción dada la irretroactividad de la ley más perjudicial para el reo (artículo 2. 2 del C.P). Por tanto desde la perspectiva del juicio de subsunción lo explicado hasta el momento nos conduciría a la absolución.

3.- La sentencia rechaza la tesis de la acusación con argumentos razonables y adecuados. Afirma en este sentido que la coautoría *"no puede sostenerse cuando uno de los coautores "se excede" por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca. Es lo que ocurre en el caso en el cual en absoluto ha resultado acreditado que el acuerdo alcanzara a los actos de violencia contra las personas. Constituyeron éstos excesos por parte de sus autores y solo a ellos son imputables. Demuestra la falta de aceptación de tales comportamientos el hecho de que fueron contenidas algunas manifestaciones violentas por otros miembros del grupo"*.

En conclusión, los recurrentes aducen que si la finalidad compartida por todos los integrantes del grupo - coautores- era interrumpir e impedir el acto (dolo compartido); si cada uno de los atacantes contribuyó, con su respectivas y distintas contribuciones, a la consecución de dicha finalidad (coautoría ejecutiva parcial); y si la conducta consistente en arrojar el spray obedecía precisamente a dicha finalidad compartida, habrá que concluir que dicha acción resulta imputable a todos los integrantes del grupo.

Sin embargo, la Sala de instancia ha dispuesto de pruebas suficientes para concluir que el esparcimiento del spray fue una iniciativa constitutiva de un exceso fuera del plan trazado y producida cuando ya había concluido el grupo de acusados sus propósitos delictivos.

Por todo ello podemos concluir, con el Fiscal que dados los hechos probados, resulta que no existe ningún dato que permita inferir, el conocimiento por el resto de los acusados, de que uno de ellos portaba el referido spray, ni que lo fuera a utilizar, pero es más, tampoco del factum resulta la existencia de una participación adhesiva, ni siquiera sucesiva, pues el referido hecho se produce, cuando los acusados, tras haber consumado las secuencias delictivas propuestas, abandonaron el local, y es en ese momento, cuando el no identificado, lanzó el producto irritante.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO CUARTO.- Que de conformidad al artículo 901 L.E.Cr ., como quiera que han sido estimados total o parcialmente a los recurrentes los motivos 3º, 4º, 8º y 9º, procede declarar de oficio las costas, procediendo a la devolución del depósito si se hubiere constituido.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** con estimación total de los dos motivos articulados por el Fiscal y de los motivos de los recurrentes **Generalitat de Catalunya y Raúl** , numerados como 3º, 4º, 8º y 9º, procediendo a casar y anular la sentencia recurrida dictando otra más conforme a derecho, y todo ello con declaración de costas de oficio, devolviendo a tales recurrentes el depósito si se hubiere constituido. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Luciano Varela Castro Juan Saavedra Ruiz

Joaquín Giménez García

722/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 16/11/2016

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA N^o: 983/2016****Excmos. Sres.:****D. Julián Sánchez Melgar. Presidente****D. José Ramón Soriano Soriano****D. Luciano Varela Castro****D. Juan Saavedra Ruiz****D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil diecisiete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción n^o 11 de Madrid, con el n^o 42777 de 2013, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Treinta, por de delitos de desórdenes públicos, daños, y faltas de lesiones y de maltrato de obra, contra los acusados D^a Marisa , D. Valeriano , D. Carlos Ramón , D. Agustín , D. Aureliano , D. Cecilio , D. Efrain , D. Fermín , D. Ignacio , D. Landelino , D. Modesto , D. Rodrigo , D. Simón , D. Jesús Carlos y D. Adolfo , se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 19 de febrero de 2016 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:0

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- La estimación de los motivos referidos determina una nueva individualización de las penas. Así, los delitos de desórdenes públicos (artículo 557. 1^o del Código Penal), en concurso ideal con el delito del artículo 514. 4^o del Código Penal , por impedimento del ejercicio del derecho fundamental de reunión, hace que la pena a imponer sea la más grave de las señaladas en esos preceptos en su mitad superior (artículo 77 del Código Penal), y entre la pena de 6 meses a 3 años de prisión que señala el primero, y la de 2 a 3 años que establece el segundo, se opta por esta última, por lo que partiremos como pena básica de 2 años y 6 meses de prisión. Sobre esta pena deberá actuar la agravante de obrar por motivos discriminatorios de carácter ideológico, que acortará el recorrido penológico de la sanción punitiva a imponer entre los 2 años y 6 meses y 3 años, situándola entre los 2 años y 9 meses y los 3 años.

Dentro de ese marco se matizarán las penas en atención a la individualización hecha por la Audiencia, en que se intensifican lógicamente la cuantía de la sanción para alguno de los partícipes

TERCERO.- De acuerdo con lo expuesto estarían sancionados dentro de esos límites por los delitos de desórdenes públicos y vulneración del derecho fundamental de reunión en concurso ideal todos los acusados. Las penas en concreto serían de:

- 2 años y 10 meses para todos los acusados a los que se les impuso en la sentencia de origen seis meses de prisión

- A Ignacio , la pena de 2 años y 11 meses.

- A Agustín 3 años de prisión.

Concurrirá en todos ellos la agravante de actuar por motivos de discriminación ideológica (artículo 22. 4 del Código Penal), en relación al artículo 66. 3 del Código Penal .



CUARTO.- El delito de daños, conforme a la dicción del artículo 557 del Código Penal , que en su actual redacción dice en el número 1, párrafo 2: "*Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubiera llevado a cabo*". por su parte el mismo precepto en la redacción vigente en el momento de cometer los hechos señalaba "*... sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código*".

Así pues, el propio artículo 557, establece un concurso real de infracciones para todos aquellos delitos que se cometan con ocasión de los desórdenes públicos producidos.

El Tribunal de Instancia siguiendo tal normativa caracterizó de forma autónoma el delito de daños como violencia sobre las cosas, perfectamente diferenciada del delito de desórdenes públicos.

La pena prevista para este delito, una vez estimado el motivo tercero de la acusación, es la prevista en el artículo 263. 2. 4º del Código Penal , que la fija para este subtipo en una prisión de 1 a 3 años y una multa de 12 a 24 meses. Sobre ella deben operar las agravantes de ejecución de los hechos por motivos ideológicos (artículo 22. 4 del Código Penal) y la atenuante de reparación del daño, artículo 21. 5 del Código Penal), y sólo en Ignacio además la agravante de reincidencia (artículo 22. 8 del Código Penal).

QUINTO.- Conforme a lo expuesto , y a la vista de la escasa relevancia de los daños ocasionados, las penas se establecerían del modo siguiente:

a) A Ignacio , como autor responsable de un delito de daños en bienes de naturaleza pública, con la concurrencia de las agravantes de actuar por motivos ideológicos y de reincidencia y así como la atenuante de reparación del daño a la pena de 1 año y 3 meses de prisión y 18 meses de multa, con cuota diaria de 10 ? y arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas (artículo 66. 7º del Código Penal).

b) A Agustín concurriendo la agravante de obrar por motivos ideológicos y la atenuante de reparación de daño, pero por la relevancia de su actuación a la pena de 1 año y 2 meses de prisión y multa de 16 meses, con igual cuota diaria y arresto sustitutorio.

c) A todos los demás condenados en la instancia por esos delitos en quienes concurren las agravantes de obrar por motivos discriminatorios ideológicos y la atenuante de reparación del daño a la pena de 1 año y 1 mes de prisión, y 14 meses de multa, con igual cuota diaria y arresto sustitutorio (artículo 66.7º del Código Penal).

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los acusados, como autores responsables de los delitos consumados, ya reseñados, con la concurrencia de las atenuantes y agravantes que igualmente se mencionan a las penas siguientes:

A) Por el delito de desórdenes públicos en concurso ideal con el de impedimento del derecho de reunión:

- A la pena de 2 años y 10 meses de prisión, con la concurrencia de la agravante de obrar por motivos de discriminación ideológica a todos los acusados a quienes en la sentencia de origen se les impuso por este hecho 6 meses de prisión.

- A la pena de 2 años y 11 meses a Ignacio , con igual agravante.

- A la pena de 3 años de prisión a Agustín con la misma agravante.

B) Por el delito de daños ocasionados en bienes de propiedad pública las siguientes penas:

- 1 año y 2 meses de prisión a Ignacio en quien concurre las agravantes de obrar por motivos discriminatorios ideológicos, reincidencia y la atenuante de reparación del daño, y 18 meses de multa, con igual cuota diaria y arresto sustitutorio.

- 1 año y 2 meses de prisión a Agustín , en quien concurre la agravante de obrar por motivos discriminatorios ideológicos y la atenuante de reparación del daño y una multa de 16 meses, con igual cuota diaria y arresto sustitutorio.

- A todos los demás 1 año y 1 mes de prisión y multa de 15 meses al concurrir la agravante de actuar por motivos ideológicos discriminatorios y la atenuante de reparación del daño.

Se mantienen todos los demás pronunciamientos (especialmente las condenas por falta de los acusados) y todas las demás decisiones sentenciales no modificadas por la presente.

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



Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Luciano Varela Castro Juan Saavedra Ruiz

Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ