



**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA (PENAL)
GIRONA**

**ROLLO Nº 6-2020
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 75/2019
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE GIRONA**

SENTENCIA Nº 219/2020

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

D. VÍCTOR CORREAS SITJES

D. DANIEL VARONA GÓMEZ

En Girona, a veinte de julio de dos mil veinte.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona, integrada por los Sres. anotados al margen, ha visto en Juicio Oral y Público el Rollo nº 6-2020, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 75-2019 incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Girona por los delitos de atentado, delito leve de lesiones, daños, ultrajes a España y desórdenes públicos, contra D. JORDI A. R., defendido por el Letrado D. BENET SALELLAS VILAR, habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente el Sr. Magistrado D. DANIEL VARONA GÓMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en méritos del atestado nº 870461/2018 instruido en fecha 01-10-2018 por la Unitat d'Informació Girona del cuerpo de MMEE.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de: a) un delito de desórdenes públicos llevado a cabo mediante una reunión numerosa de personas, previsto y penado en el art. 557.1 y





557 bis 1(3ª) CP; b) un delito de ultrajes a la bandera, previsto y penado en el art. 543 CP; c) un delito de atentado a los agentes de la autoridad y seguridad privada, previsto y penado en el art. 550.1 y 2 CP; d) un delito menos grave de lesiones, previsto y penado en el art. 147.2 CP; e) un delito de daños previsto y penado en el art. 263.1 CP; y f) dos delitos leves de lesiones, previstos y penados en el art. 147.1 y 2 CP. En trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal modificó las provisionalmente formuladas e interesó la condena del acusado únicamente por los delitos referidos en las letras a) y b), modificando igualmente la pena peticionada por ambos delitos, que es, respectivamente y por el delito de desórdenes públicos, la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y por el delito de ultrajes a la bandera de España, la pena de 7 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros. Igualmente se renunció a todo pronunciamiento en materia de responsabilidad civil.

TERCERO.- La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de D. JORDI A. R., con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Entre las 6:45 y las 9 horas aproximadamente de la mañana del día 1-10-2018, en la estación del AVE de Girona se produjeron una serie de altercados, que no se enjuician en el presente procedimiento, con motivo de una convocatoria por parte de los grupos conocidos como CDR, en conmemoración del 1 de octubre de 2017. Tras abandonar la estación del AVE un grupo de unas 300 personas se dirigió a la sede de la Delegació de la Generalitat en Girona, sita en la localidad de Girona, calle Pompeu Fabra núm. 1.

De esta forma, sobre las 9:30 horas del día 1-10-2018 el acusado JORDI A. R., mayor de edad, acudió junto con unas 300 personas cuya identidad no ha podido ser determinada, a la Delegació de la Generalitat de Catalunya; con el fin de acceder al interior de la misma por la puerta giratoria que constituye el acceso del público a la misma. Dicha puerta se encontraba bloqueada para impedir su acceso, ya que conscientes de los altercados en la estación del AVE y en previsión de que sucedieran hechos similares, agentes de los MMEE solicitaron el cierre del edificio. No obstante, un grupo numeroso de personas logró acceder al interior de la puerta giratoria, comenzando a golpearla, por lo que, para evitar males mayores, se abrieron las puertas interiores de la misma y el grupo de personas que formaban las primeras líneas, y entre las que se encontraba el acusado, procedieron a acceder al interior de la Delegación. La entrada en el edificio intentó ser impedida en un primer momento y por lo que respecta a esta primera puerta de acceso público, por los vigilantes de seguridad vestidos de uniforme de la compañía de seguridad "Clece", con núm. de carnet profesional y ., en unión de dos agentes del cuerpo de Mossos d'Esquadra (TIPs xxx y xxx), completamente uniformados, que decidieron formar un cordón justo a la salida de la puerta giratoria. No obstante, dicho cordón, ante el empuje e inercia de la masa, y sin que en este primer momento haya podido acreditarse agresión física alguna, cedió finalmente y un grupo numeroso de





personas entre los que se encontraba el acusado invadió la Delegació con ánimo de atentar contra la paz pública.

Una vez en el interior del establecimiento, y con la finalidad de acceder a las plantas superiores, donde se encontraba el balcón en el que ondeaban las banderas oficiales, un grupo numeroso de personas, entre las que se encontraba el acusado, se dirigió a la puerta batiente que comunica la planta baja del edificio con las plantas superiores. Dicha segunda puerta (puerta interior que no es de acceso público), se encontraba custodiada por los dos vigilantes de seguridad privada anteriormente referenciados, mientras que los agentes del cuerpo de MMEE se habían situado por detrás de la misma. En ese momento y para vencer la resistencia de los vigilantes de seguridad, un grupo no identificado de personas que se encontraba en primera línea del grupo que pretendía acceder a las plantas superiores, comenzó a dar patadas, puñetazos y pellizcos a los vigilantes de seguridad. En ese momento, ante el cariz que estaba tomando la situación los agentes de MMEE apostados tras la puerta decidieron abrirla para salvaguardar la integridad física de los vigilantes de seguridad privado; y un grupo numeroso de personas, entre las que se encontraba el acusado accedieron a las plantas superiores, donde finalmente una persona que no ha sido identificada, descolgó la bandera española, la lanzó al exterior de la Delegació de la Generalitat y finalmente fue pisoteada por otras persona igualmente no identificada.

Los hechos relatados tuvieron lugar con la finalidad de atentar contra la paz pública, sin estar amparados por ningún tipo de ejercicio del derecho fundamental a la manifestación o la protesta.

A resultas de los mismos, el vigilante de seguridad con núm. de identificación 166365 sufrió lesiones consistentes en dolor a la movilización del cuello, ambas muñecas, hombro derecho, región lumbar y región izquierda. El vigilante de seguridad con núm. de identificación sufrió a su vez lesiones consistentes en dolor a la movilización del cuello, escoriaciones en cara ventral de brazo y antebrazo, dolor en el costado derecho. Por su parte, el agente del cuerpo de MMEE * sufrió lesiones consistentes en dolor, inflamación debajo del estiloides cubital de la muñeca izquierda (esguince en la muñeca izquierda).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. CUESTIONES PREVIAS- 1. Al inicio de la vista planteó la defensa del acusado JORDI A. R. dos cuestiones previas. En primer lugar, impugnó la incorporación a la causa del “Informe pericial de imágenes faciales”, elaborado por la Unitat Central de Fotografia i Audiovisuals del cuerpo de MMEE, obrante en el folio 52 y ss. del Rollo de Sala. A criterio del letrado de la defensa, tal incorporación vulnera lo establecido en el art. 780.2 LECrim, pues el Ministerio Fiscal debería o bien haber formulado escrito de acusación (que es lo que efectivamente hizo) o bien demandar la referida pericia sobre imágenes faciales; pero lo que no sería procedente es realizar ambas cosas. En consecuencia, se demanda la expulsión del acervo probatorio de tal prueba pericial. La alegación del recurrente debe ser





rechazada por cuanto, la pericial referida no fue elaborada por la policía a resultas de la petición del Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales, sino que fue realizada de motu propio por el cuerpo policial en el seno del atestado, peticionando únicamente el Ministerio Fiscal en tal escrito y acordándolo en consecuencia el Juez Instructor, su incorporación a la causa. No estamos, por tanto, ante una diligencia instructora indispensable para la acusación y desconocida para la defensa, que fuera peticionada en el escrito de conclusiones provisionales; por lo que no puede alegarse indefensión alguna frente a tal informe pericial. En definitiva, dicho informe pericial ninguna indefensión ha causado a la defensa. Todo ello al margen de su futilidad, según veremos, a efectos de la identificación del acusado.

2. En segundo lugar, planteó la defensa del acusado la petición a la Sala relativa a que ésta elevara al Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad en relación con el precepto objeto de acusación referente al art. 557 bis circunstancia 3ª, que prevé que:

Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años de prisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

3.ª Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.

3. Según el criterio de la defensa esta circunstancia agravatoria del delito de desórdenes públicos supone una infracción del derecho fundamental a la reunión y manifestación y del principio de legalidad de las penas (al ser imprevisible y desproporcionada la pena prevista). En concreto, se señala que el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de reunión y manifestación, no puede de ninguna manera dar lugar a una agravación de la conducta, por lo que lo procedente sería que la Sala planteara, en este sentido, una cuestión de constitucionalidad sobre el sentido de esta agravante ante el Tribunal Constitucional.

4. Pues bien, sobre esta segunda cuestión previa, ya anunció la Sala en la vista que elevaría dicha cuestión de constitucionalidad si, (1) hubiera de plantearse efectivamente la aplicación de esta agravante; y (2) la Sala se viera incapaz de dar una lectura constitucional a dicha agravación que no pasara por estimar que el simple ejercicio de un derecho fundamental es lo que se está castigando. Adelantamos ya, sin perjuicio de que ello será posteriormente detallado, que la Sala estima que es posible realizar una interpretación de esta agravación específica del delito de desórdenes públicos, respetuosa con el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación, por lo que no creemos necesario elevar cuestión de constitucionalidad alguna.

5. Igualmente, la interpretación que la Sala propondrá de tal agravación estimamos que respeta los otros principios constitucionales cuestionados por la defensa del acusado, esto es, el principio de legalidad (determinando de forma suficientemente precisa el supuesto fáctico de la agravante) y el de proporcionalidad (limitando su aplicación únicamente en supuestos de mayor lesividad que por ello justificarían la agravación de la pena).





SEGUNDO.- 6. La prueba practicada en el acto del juicio consistió en la declaración del acusado, JORDI A. R., la testifical de los vigilantes de seguridad que intervinieron en los hechos (con núm. de identificación, respectivos, y), los agentes del cuerpo de MMEE con TIP identificativos xxx, xxx, xxx, xxx, xxxx, xxx, xxx; la prueba pericial practicada (1) por Josep M^a C. y (2) los MMEE con TIP xxx y xxx.

7. La mencionada prueba constituye, a juicio de la Sala, por una parte, prueba de cargo bastante en la que sustentar la condena de D. JORDI A. R. por la comisión del delito de desórdenes públicos, si bien, como a continuación explicaremos, no en su modalidad de delito agravado por el que se sustenta la acusación (art. 557 bis 3º CP), sino en el subtipo atenuado previsto en el art. 557 ter CP. Pero por otra parte, la prueba practicada no permite la condena de D. JORDI A. R. por el delito de ultraje a la bandera española por el que también se formulaba acusación. Y ello, por las razones que seguidamente pasamos a exponer:

TERCERO.- 8. **No realización de los actos nucleares del tipo penal previsto en el art. 557 CP.** Una de las novedades más significativas de la reforma llevada a cabo por LO 1/2015 en el ámbito de los desórdenes públicos fue que, frente a la enumeración casuística de los comportamientos que daban lugar a la figura recogida en el art. 557 CP (*“causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios”*), ahora se articula la acción típica del delito de desórdenes públicos en su modalidad básica a partir de, en primer lugar, la verificación de un resultado concreto (la alteración de la paz pública); y segundo, causado mediante unos actos determinados: *“ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo”*.

9. Pues bien, en nuestro caso, de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, la Sala no ha llegado a la convicción de que el acusado, Sr. JORDI A., ejecutara por él mismo actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, ni hubiera amenazado a alguien con llevarlos a cabo. A estos efectos, como se ha expuesto en los hechos probados, la Sala estima que es necesario distinguir dos episodios distintos, aunque complementarios, en la secuencia de los hechos. En primer lugar, tenemos la entrada en la Delegació de la Generalitat, bloqueando y posteriormente franqueando la puerta giratoria de acceso a la misma desde la vía pública. Y en segundo lugar, en orden cronológico, se sitúa, el acceso a las plantas superiores del edificio, impedido por una puerta batiente de separación. Tal como se aprecia en la documental fotográfica obrante en autos y en la declaración de los diversos testigos que intervinieron en el acto del juicio oral, por lo que hace referencia a la primera puerta (la puerta giratoria de acceso a la vía pública) el acceso por parte de la multitud tuvo lugar por la propia inercia de la misma, ya que los apenas dos guardias de seguridad y dos policías autonómicos que se apostaron a la entrada a modo de cordón simplemente no pudieron contener el empuje de las decenas de personas que se agolpaban en la puerta y el empuje de otros tantos desde el exterior del edificio. De la prueba documental y testifical no se aprecia en esta primera entrada violencia alguna en forma de puñetazos, golpes u otro tipo de acción directa; más





allá, según decimos, de la propia fuerza de empuje de una masa muy superior en número.

10. Diferente es el caso del franqueo de la segunda puerta, la que daba acceso a las plantas superiores, que eran el objetivo final de parte de la masa que invadió el edificio oficial de la Generalitat; por cuanto allí se encontraba el balcón donde ondeaban las banderas oficiales. Todos los testigos intervinientes describen una clara situación de ejercicio de violencia física en esta segunda puerta por parte de un grupúsculo, de mayor intensidad que el mero empuje o inercia física de una multitud; con patadas, puñetazos y pellizcos sobre los guardias privados de seguridad que habían quedado situados por delante de la puerta (estando la policía autonómica por detrás de la misma) y de esta manera bloqueando, como única y última resistencia, el acceso a la misma. De hecho, como relatan los testigos, fue precisamente ante el cariz que estaba tomando la situación, con grave peligro para la integridad física de los guardias privados, cuando el jefe del operativo decidió abrir la puerta para evitar males mayores.

11. Realizada esta distinción en la dinámica comisiva de los hechos, respecto de la concreta actuación del acusado, JORDI A., ninguno de los testigos que depusieron en la vista, pudieron identificarlo como una de las personas que formaba parte del grupúsculo que utilizó actos de violencia física. Por otra parte, consta en autos prueba documental (fotográfica) que acredita que el acusado, si no en primera línea, sí se encontraba en segunda o tercera línea dentro del grupo de personas que logró, tanto acceder al edificio (primera puerta) como a la segunda puerta; pero precisamente en dicha prueba no se aprecia ninguna actitud violenta por su parte (ningún tipo de golpe, patada o puñetazo dirigido a alguien).

12. Por tanto, aunque según decimos no existe prueba testifical ni documental alguna que sitúe al acusado como parte del grupúsculo violento que llevó a cabo actos de violencia física sobre los vigilantes de seguridad, sí contamos con prueba documental que permite situar claramente al acusado como parte del primer grupo que logró acceder al edificio de la Generalitat (en particular foto obrante a folio 137) y también franqueó la segunda puerta (fotos obrantes a folios 139 y 140). Dicha prueba, en particular la relativa a la pericial de imágenes faciales obrante en autos, fue puesta en entredicho por la defensa del acusado, negando su valor probatorio. Pero lo cierto es que la Sala ha podido examinar detenidamente la documental fotográfica obrante en autos (folios 132 y ss.) y no tiene duda alguna de que el "individuo 1" señalado en tales fotografías corresponde a JORDI A. R..

CUARTO.- 13. Como en alguna sentencia ha remarcado nuestro Tribunal Supremo y ha destacado nuestra doctrina penal (vid. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal Español*, Vol. II, ed. Aranzadi), resulta imprescindible distinguir, en aras al principio de interdicción de la responsabilidad objetiva, entre los «delitos cometidos dentro de la muchedumbre» y los «delitos cometidos por la muchedumbre», (STS 12 febrero 1990): imputar a terceros intervinientes en el desorden, sin más, la conducta típica de desórdenes públicos por concurrir los medios expresados, realizados por otras personas, sólo podrá hacerse si aquellos han aceptado la dinámica comisiva típica al menos con dolo eventual, tanto a la vista del acuerdo o plan, si existe, cuanto en atención a su asunción fáctica durante el





desarrollo del mismo. Todo ello, en el bien entendido de que tales sujetos han de participar materialmente en el desorden, aun sin llevar a cabo por propia mano las conductas de lesiones, daños, etc.: sólo cuando en definitiva pueda hablarse de la asunción del hecho como «propio» por parte de los intervinientes, pese a su diversa aportación material y el lógico reparto de roles.

14. En otras palabras, el delito de desórdenes públicos es un “delito de la muchedumbre” en el sentido de que, aunque no sea precisa la individualización precisa del comportamiento de cada individuo dentro de la masa de gente para poder ser aplicado, sí exige que todos aquellos condenados por este delito hayan participado de alguna manera en los actos típicos. En este sentido es paradigmática la reciente SAP Barcelona 8-1-2020 en la que en el curso de una manifestación de unas 200 personas tan solo se condenó a 9 de ellas por los desórdenes causados en el seno de la misma, materializados en forma de lanzamiento de piedras y otros objetos, porque precisamente esos 9 individuos fueron los únicos que pudieron ser identificados como parte del grupúsculo que lanzó tales objetos:

Respecto a la negación de la concurrencia de coautoría, es evidente que los acusados tuvieron una activa participación en los hechos, siendo situados todos ellos no solo como integrantes del grupo por la totalidad de los policías que depusieron en el juicio oral - y la mayoría de los testigos-, sino como lanzadores de piedras y objetos, habiendo actuado concertados en la acción y en el propósito de perturbar tanto la paz pública, como menoscabar la autoridad ejercida por los agentes policiales, su indemnidad física y el patrimonio ajeno causando lesiones y daños en los vehículos policiales, concierto que no se precisa sea previo y expreso, bastando --como muy resaltó la Juzgadora "a quo"-- con que mediara de forma tácita dando entrada a la denominada participación adhesiva a un proyecto criminal iniciado, susceptible de aplicarse cuando una persona suma su comportamiento al ya realizado por otro u otros a fin de lograr la consumación de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados. Y que en el caso del delito de desórdenes públicos resulta imprescindible por ser un delito pluripersonal. Resultando de toda la prueba practicada que, pese a así afirmarlo las defensas, la participación de los aquí acusados no se limitó a intervenir en la manifestación de protesta sino que incluyó el lanzamiento de tales objetos, desplegando pues actos de violencia incuestionables.

En tal sentido, irrelevante será que no se identificara a los concretos autores de las lesiones o daños materiales ya que al lanzar los acusados- en cuanto integrantes del grupo objetos peligrosos- contra los participantes de la reunión así como contra los agentes y los vehículos policiales a sabiendas de dicha condición, desarrollaron cada uno de ellos en definitiva una conducta que supuso un aporte esencial para asegurar la finalidad perseguida.

(...)

...la jurisprudencia establece que la simple participación de los sujetos en la manifestación no conlleva a la comisión del delito y, por tanto, la imputación de la conducta típica de los desórdenes públicos solamente se realizará si los partícipes han asumido la "dinámica comisiva a título de dolo eventual", ya sea por previo acuerdo o por la forma en que se ha desarrollado la actividad.





Es decir, los sujetos deben haber participado materialmente en el desorden. El art. 557 dispone que la mera presencia en el desorden no es constitutiva de delito, sino que es necesaria la participación del sujeto en un acto de la "masa". Ahora bien, la jurisprudencia más reciente ha señalado que es "posible la incorporación en concepto de autores de sujetos que no hayan participado en los actos iniciales, pero que, sin embargo, asumiendo lo ya realizado y aceptando sus efectos, se unen a la ejecución, o bien contribuyen de forma relevante al mantenimiento de las conductas".

15. En el mismo sentido, esta propia Sala, en sentencia de 30-1-2017 enjuició un caso en el que, en el contexto de una huelga general, los acusados participaron en una manifestación que discurría por la localidad de Girona; y en la que entraron violentamente en la Cámara de Comercio, ratificando la condena de instancia en el caso de aquellos acusados respecto de los que se pudo individualizar actos concretos de violencia sobre las personas o las cosas. Y absolviendo al acusado respecto del que sólo pudo probarse que

...se limitó a lanzar a los policías actuantes un objeto no identificado, [lo cual] no permite sostener que el mismo sea coautor o cómplice del delito de desórdenes públicos por el que se le condena, primero, porque nos hallamos ante un solo acto ejecutado por el acusado, consistente en el lanzamiento de un único objeto; segundo, puesto que se ignora cual fuera el objeto que lanzó y las características del mismo; tercero, ya que ni tan siquiera se reputa probado que el objeto lanzado llegara a impactar con los policías o que les afectara en modo alguno en el ejercicio de sus funciones; y cuarto, habida cuenta que en la sentencia de condena no se declara probada la concurrencia de circunstancia alguna que permita sostener que dicho lanzamiento contribuyera de algún modo a la ejecución del delito de desórdenes públicos.

QUINTO.- 16. Sobre estas bases, según decimos, no existe prueba alguna que haya identificado al acusado JORDI A. como parte de la primera línea del grupo que accedió al edificio de la Generalitat y que posteriormente franqueó también la puerta de acceso a las plantas superiores. Primera línea que es la que todos los testigos declaran que, para franquear el acceso de la segunda puerta, fue la única desplegó la actitud violenta para con los agentes de la seguridad privada. Su condena por el delito de desórdenes públicos sólo sería entonces posible si, aun no existiendo según decimos prueba de la ejecución por su parte de los actos de violencia sobre las personas, pudiera entenderse que asumió los mismos en dolo eventual desplegando alguna actividad relevante para el mantenimiento de la situación de desorden. Se construiría así una especie de coautoría adhesiva que es pacíficamente admitida por nuestra jurisprudencia como forma de coautoría general y en particular en el delito de desórdenes públicos. Llegados a este punto, y admitiendo la posibilidad de una coautoría adhesiva en el delito de desórdenes públicos, la Sala no obstante cree crucial recordar que la coautoría, como forma de imputación personal del delito, no se construye únicamente en base a un mero ánimo subjetivo (dolo o intención de que se cometa el delito, o como se denomina en sede de coautoría "mútuo acuerdo"). Es menester también la concurrencia de un elemento objetivo, esto es, la coautoría exige una aportación relevante en la realización del delito. Ello es obvio: no basta asumir o estar de acuerdo con el delito de un tercero para ser coautor, sino que es necesario realizar una aportación relevante en su ejecución. Y es aquí donde la Sala estima que vuelven a cernirse





dudas que no permiten enervar la presunción de inocencia del acusado respecto a su intervención en los actos violentos constitutivos de desórdenes públicos.

17. Según nuestra opinión no puede partirse de que todo aquél que participa en una manifestación o reunión en la que un grupúsculo efectúa actos violentos, los asume por el mero hecho de participar en ella y además realiza una aportación relevante a su ejecución también por la circunstancia de participar de la manifestación o algarada. El delito de desórdenes públicos es un delito que tiene asignada pena de prisión y por tanto sobre el que debe realizarse una interpretación respetuosa del principio de proporcionalidad y lesividad. Imputar a un miembro de la manifestación los actos violentos de terceros sobre la base del dolo eventual debe ser una posibilidad absolutamente excepcional, reservada para casos extremos en los que materialmente la conducta equivalga a la ejercitada por los autores principales y por tanto trascienda la mera actitud de soporte moral o aprobación (como podría ser, por ejemplo, evitando además la acción defensiva de los afectados o protegiendo activamente a los ejecutores de actos violentos para no ser detenidos). En todo caso, queremos dejar meridianamente claro que, a nuestro entender, la mera presencia en la manifestación en la que se producen altercados es claro que no puede equipararse a una coautoría en los mismos.

18. Trasladadas todas estas consideraciones a nuestro caso, según decíamos, la prueba documental sitúa al acusado como perteneciente al grupo que entró en la delegación de la Generalitat en segunda o tercera línea, sin desplegar directamente acción violenta sobre los vigilantes de seguridad o los agentes de policía.

SEXTO-19. Por todo ello, la Sala considera acorde a Derecho considerar al mismo autor, no del delito básico de desórdenes públicos, al exigir éste ejecución de actos violentos, sino del tipo atenuado previsto en el art. 557 ter que castiga a los *“que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal”*.

20. Efectivamente, si bien la Sala no puede dar por probado que el acusado desplegó directamente actos de violencia sobre las personas o las cosas para acceder al domicilio de la persona pública (delegación de la Generalitat de Catalunya en Girona), creemos indudable que actuando en grupo invadió, contra la voluntad de su titular, tal establecimiento causando con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal.

21. Por lo que hace referencia al primer elemento del tipo (la *“invasión u ocupación”* del domicilio de la persona jurídica pública), en nuestro caso estamos ante una clara invasión del mismo. Ha quedado acreditado que por las informaciones de las que disponía la policía autonómica debido a los hechos acontecidos horas antes en la estación del AVE de Girona, se preveían altercados en la sede de la Generalitat y por eso el jefe del operativo de la policía autonómica (TIP 4010) solicitó el cierre del acceso a la misma, lo cual finalmente no pudo llevarse a cabo por la propia actividad obstructiva de las numerosas personas que se concentraron frente al mismo y que,





en un momento dado, bloquearon la puerta giratoria de acceso hasta que ésta debió abrirse para evitar males mayores.

22. Se trató sin duda de una invasión y no una ocupación pacífica (aunque ésta, según el tenor literal del precepto también podría considerarse punible a tenor del art. 557 ter, no obstante lo cual la Sala considera que tal supuesto -ocupación pacífica- no podría colmar el segundo elemento del tipo: la perturbación relevante de la paz pública), porque según hemos visto para la entrada en la sede de la Generalitat fue preciso ejercitar cierta fuerza, aunque no en forma de agresión, sino de tipo presión y empuje de la masa, sobre los vigilantes de seguridad y agentes de policía. Y respecto esta conducta (la invasión) sí tenemos prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, JORDI A., porque según dijimos, de la prueba documental existente en autos puede observarse que si no en primera línea sin duda se situaba en la vanguardia (segunda o tercera línea) del grupo que franqueó la entrada tanto de la primera puerta (la que da acceso a la delegación: en particular foto obrante a folio 137), como de la segunda (la que da acceso a las plantas superiores).

23. Ya expresamos nuestras dudas sobre que su conducta participara de los actos violentos ejecutados por algunos integrantes de la primera línea, pero lo que es indudable es que formó parte del primer grupo que entró en masa en el edificio público consumando así la invasión. Invasión que no hubiera sido factible sin la aportación decisiva del acusado pues como han declarado todos los testigos, fue finalmente la inercia de la presión tumultuaria ejercida sobre el escaso personal que protegía la entrada al recinto y el acceso a las plantas superiores, la que acabó venciendo su resistencia, y el acusado se encuentra sin duda dentro del grupo que ejerció la presión grupal necesaria para vencer la resistencia que impedía el acceso al edificio. Por tanto, aquí sí tenemos una aportación relevante del acusado que permite su imputación en coautoría por este delito, pues formaba parte del grupo de vanguardia que mediante su presión grupal logró franquear el acceso al edificio.

SÉPTIMO.- 24. Respecto al segundo elemento del tipo (perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal) también lo estimamos presente en la conducta desplegada por el acusado. Sin duda se trata del elemento más difícil de aquilatar, pues nos encontramos ante un concepto que no pocas dificultades de interpretación ha provocado en la jurisprudencia y doctrina penal.

25. En la sentencia citada de esta propia Sala de 30-1-2017 ya decíamos que

... el precepto no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración "política" de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino sencillamente como alteración de la paz pública, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. Por eso decimos, que no cabe duda que, cada vez con mayor convicción, se reclama el concepto de paz pública, que es precisamente lo contrario de los aludidos desórdenes públicos y precisamente el bien jurídico que tutela la norma penal (STS, Sala 2ª, de 8-2-2007).





(...)

Téngase en cuenta que el tipo no exige que la alteración de la paz pública lo sea en la calle y que el tipo permite que tal alteración lo sea mediante la invasión de instalaciones o edificios.

B7.- La Sala no puede acoger la pretensión de los recurrentes de considerar que nos hallamos ante el ejercicio legítimo de su derecho a la huelga, de una parte, porque se declara como probado que los mismos ejecutaron un plan preconcebido con el propósito último de perturbar la tranquilidad ciudadana y, de otra, puesto que los concretos actos ejecutados por los recurrentes nada tienen que ver con el ejercicio legítimo del derecho que se alega como mera coartada exculpatoria. Aquí no se juzgan finalidades políticas, sino alteración de la paz pública, que es un concepto mucho más social que político, que se dirige a garantizar la tranquilidad de los demás cuando se encuentran en lugares públicos. Y con respecto a su actuación en grupo, lo cierto es que formaban una especie de banda urbana en ese momento, dada la multiplicidad de agresores y su designio común de actuación, concertada o asumida, pero en todo caso, llevada a cabo entre todos ellos (STS, Sala 2ª, de 8-2-2007).

26. En el mismo sentido en la STS 17-5-2018 se declara sobre este extremo que:

El concepto de paz pública trasciende al de orden público, centrado en el normal funcionamiento de instituciones y servicios, para proyectarse hacia el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana y la efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en un clima de libertad y respeto mutuo (entre otras SSTS 2231/90 de 18 de junio ; 76/1994 de 14 de enero (RJ 1994, 127) ; 770/1994 de 3 marzo ; 1321/1999 de 27 de septiembre (RJ 1999, 8083) ; 1622/2001 de 21 de septiembre (RJ 2001, 8506) , 987/2009, de 13 de octubre (RJ 2009, 5598) ; 136/2008 de 8 de febrero ; o 1154/2010 de 12 de enero de 2011 (RJ 2011, 175)).

27. No obstante, encuadrar el concepto de “paz pública” al que hace referencia el delito de desórdenes públicos es sólo el primer paso en la compleja ecuación relativa a su aplicación a un caso concreto, pues doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que no basta una mera o simple afección a la paz pública para aplicar el delito en cualquiera de sus modalidades, sino que dicha afección ha de ser grave, o como el propio art. 557 ter exige, hemos de estar ante una “perturbación relevante”.

28. En este sentido, recuerda acertadamente la SAP Barcelona (sección 2ª) de 29-7-2019 que

...este requisito de la gravedad debe considerarse implícito en el tipo básico de desórdenes públicos teniendo en cuenta que existe una infracción administrativa consistente en "causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos [...] cuando [...] se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana". De otro modo, esta infracción administrativa no resultaría jamás aplicable.





En este sentido ya nos decía la STS 1321/1999 de 27 de septiembre (RJ 1999, 8083) en claro respeto al principio de intervención mínima del Derecho Penal, "sólo cabrá conceptuar como infracciones penales las alteraciones del orden que tengan cierta entidad y trascendencia". Dicho requisito de gravedad bien puede ser interpretado como la existencia de al menos un peligro concreto para la salud o para la propiedad, de lo contrario estaríamos ante una serie de conductas absolutamente indeterminadas que vulneraría la seguridad jurídica pues dependería de cada juez la valoración de la gravedad. La amenaza de ejercer la violencia puede entenderse como la puesta en peligro de dichos bienes jurídicos, salud y/o propiedad.

El requisito de gravedad de los desórdenes públicos también tiene que ser interpretado en relación a las alteraciones del orden público de los arts. 577 terCP y 558 CP, en el sentido que en este caso estamos ante los supuestos de mayor gravedad. De manera que aun habiéndose derogado los elementos del tipo de "causar lesiones a las personas, daños en las propiedades, obstaculización -grave- de las vías públicas", estos requisitos deben seguir pivotando la interpretación de gravedad requerida para la imposición de la pena del art. 557.1 CP, no ya como resultados alcanzados, sino como resultados potenciales del peligro de las conductas de desórdenes. Es decir, habrá que probar la idoneidad de los desórdenes para causar lesiones o daños sobre las personas.

Se habrá producido la comisión de un delito de desórdenes públicos cuando se impida el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afecten a la integridad de las personas o de los bienes públicos o privados. De esta manera lo ha corroborado el Tribunal Constitucional en alguna ocasión, como por ejemplo en su Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, en la que establece que solo podrá entenderse afectada la paz pública "cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes [...], pero no cualquier corte de tráfico o invasión de calzada producido en el curso de una manifestación".

Únicamente se habría producido la comisión de un delito de desórdenes públicos cuando sí se hubiese impedido el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afecten a la integridad de las personas o de los bienes públicos o privados. Los daños que se produjeron y han quedado acreditados no produjeron ningún peligro para quienes por allí circulaban. Por ello resulta absolutamente desproporcionado acudir a la vía penal, máxime cuando, la Ley de Seguridad Ciudadana (RCL 2015, 442) tipifica acciones similares mucho más graves que las que se dieron.

29. Efectivamente, como bien se recuerda en esta sentencia, en el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, se define como una infracción grave (sancionada con multa de 601 a 30.000 euros) "Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana". Por tanto, una lectura respetuosa del principio de ultima ratio y lesividad del Derecho Penal debe ser capaz de reservar los casos más graves de desórdenes al ámbito penal, manteniendo en el ámbito administrativo los





que no alcancen cierto umbral de gravedad, y aún así, produzcan una “alteración grave de la seguridad ciudadana”.

OCTAVO.- 30. Sin embargo, distinguir entre una “perturbación relevante de la paz pública” (art. 557 ter CP) y una “alteración grave de la seguridad ciudadana” (art. 36.3 LOPSC) se antoja una tarea quimérica. Ni siquiera es descartable que el propósito del legislador fuera precisamente llevar ciertos actos constitutivos de desórdenes públicos al ámbito administrativo, orillando así las dificultades probatorias que suelen dificultar las condenas penales. Sea cual fuere la intención inconfesada del legislador, esta Sala no puede sino asumir la tarea para la que ha sido llamada en el presente procedimiento, y en este sentido, tratar de presentar unos criterios que nos sirvan de guía para distinguir entre el delito penal y la infracción administrativa. A nuestro entender entre tales criterios deberían figurar, al menos, los dos siguientes:

31. (1) El criterio básico de distinción debería ser el peligro concreto para la integridad física de las personas. A nuestro entender, al ámbito penal deberían reservarse en todo caso aquellos supuestos de desórdenes públicos en que se produzca un peligro para la integridad física de terceros. Somos conscientes de que al menos el tipo básico de desórdenes públicos se refiere expresamente a actos de violencia “sobre las personas o sobre las cosas”, pero, de la misma forma que así lo interpretó la SAP Barcelona de 29-7-2019, unos daños que no supongan ningún peligro para las personas deberían reconducirse a la vía administrativa (pues de hecho su castigo penal ya puede vehicularse como delito de daños). La rotura de escaparates, la colocación de obstáculos sobre vías, la quema de neumáticos o incluso de mobiliario urbano, en situaciones en las que estas acciones no supongan ningún peligro para la integridad de las personas no debieran castigarse por la vía penal como delito de desórdenes.

32. (2) La finalidad que guía a los participantes en los actos cuestionados. También es relevante el ánimo o finalidad que anima a los participantes en los hechos. Ello porque no pueden interpretarse de la misma forma actos que suceden en el contexto del ejercicio legítimo de un derecho como puede ser el derecho de manifestación, que actos que no tienen más explicación que la simple búsqueda de la causación de desórdenes y alteración de la paz pública. De hecho, como recuerda la STS de 12 de enero de 2011, *“si bien parte de la doctrina entendía que esta finalidad de atentar contra la paz pública no era compatible con la existencia de otra finalidad que pudiera considerarse legítima, otro sector doctrinal, al igual que la jurisprudencia mayoritaria, se inclinó por entender que la concurrencia de una finalidad legítima, que por otra parte es habitual que exista en algunas clases de manifestaciones que suponen, al menos, una cierta alteración del orden, no impide la comisión del delito, al menos cuando sea evidente la existencia de posibilidades alternativas menos gravosas para la paz pública y cuando al mismo tiempo sea evidente que con la conducta se produce su alteración de forma grave al optar sus autores por procedimientos al margen de las reglas democráticas de convivencia”*. En otras palabras, frente a actos que suponen ejercicio de derechos fundamentales debe existir un cierto margen de tolerancia para evitar un “efecto desaliento” de los mismos, y por tanto comportamientos que desprovistos de tal contexto implicarían sin más la comisión de un delito de desórdenes serán atípicos precisamente por la





finalidad que les guía. Evidentemente, el nudo gordiano reside en delimitar cuándo el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental lo desnaturaliza y lo convierte en una mera coartada para la comisión de delitos. (1) La afección a derechos fundamentales de terceros; (2) la intensidad temporal de dicha afección; y (3) la existencia de alternativas menos lesivas, son criterios que, a su vez, deberían fijar la frontera entre el ejercicio legítimo de un derecho y la comisión de ilícitos; esto es, entre molestias tolerables y obstrucción total a derechos de terceros.

33. Trasladados ambos criterios al caso de autos, la Sala estima que en la actuación del acusado JORDI A. concurrió una perturbación relevante de la paz pública. En primer lugar, porque la invasión de la delegación de la Generalitat, por la manera en que se materializó y por las propias circunstancias temporales, ocasionó (primer criterio) un peligro concreto para la integridad de terceros. Penetrar a la fuerza en un establecimiento venciendo la resistencia de las personas encargadas de velar por la seguridad del recinto es un acto que sin duda provoca un peligro para la integridad de terceros, pues el empuje de una masa incontrolable podría provocar un “efecto estampida” que arrollara a quien se pusiera por delante. En nuestro caso, de hecho, varios testigos han relatado que si les franquearon el acceso (esto es, abrieron la puerta) a las plantas superiores del establecimiento, que era a donde se dirigía un grupo numeroso de personas, fue porque ante el cariz que estaba tomando la situación, con una fuerte presión sobre los vigilantes de seguridad que impedían el acceso a dicha puerta, de no haber sido así podrían haberse producido lesiones de cierta entidad. Igualmente, también respecto al acceso a la primera puerta los testigos han declarado que “los arrollaron” (MMEE xxx). Por tanto, la situación creada con la invasión del establecimiento ocasionó un indudable peligro para la integridad física de terceras personas, que no debe tolerarse.

34. Por otra parte, las circunstancias temporales y espaciales de la propia invasión también estimamos que ocasionaron un peligro para la integridad física de todas las personas que, no siendo vigilantes de seguridad o policías encargados de velar por el acceso pacífico al establecimiento, se encontraban en ese momento desempeñando su trabajo en la sede de la Generalitat o eran simples ciudadanos que realizaban los trámites ordinarios de la sede gubernativa. Efectivamente, los hechos suceden encontrándose abierta al público la delegación de la Generalitat y por tanto, según decimos, encontrándose un número no reducido de personas en el interior, y en un edificio que no contaba con más salida pública al exterior que la que la muchedumbre congregada había invadido y bloqueaba.

35. Por último, respecto al criterio relativo a la finalidad última de los actos llevados a cabo por el acusado, es claro que no pueden encuadrarse en el ejercicio legítimo del derecho a la manifestación o la protesta. Invadir por la fuerza un establecimiento público con la única finalidad declarada (así lo acreditan varios de los policías que depusieron como testigos) de retirar una determinada bandera, ni en la interpretación más generosa posible del derecho a la protesta o la manifestación puede estimarse un ejercicio legítimo de tales derechos. Existían numerosas alternativas, disponibles para el acusado, de mostrar su apoyo a una determinada causa o rechazo a una determinada bandera, que evidentemente no pasaban por invadir a la fuerza un establecimiento público en horario de apertura con numerosas personas en el interior, poniendo en peligro su integridad. No puede, pues, pretender





el amparo de esta Sala por estar ejerciendo de forma legítima derecho fundamental alguno.

NOVENO.- 36. Situada la conducta típica del acusado en el ámbito del art. 557 ter, resta dilucidar si le es adicionalmente aplicable la agravación que el art. 557 ter también prevé relativa a la circunstancia 3ª del art. 557 bis, que es de hecho por la que el Ministerio Fiscal pretende su condena: *“Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas”*.

37. Se trata de una circunstancia agravatoria del delito de desórdenes que ha generado un rechazo casi unánime en la doctrina penal, y que salvo error u omisión nuestra, no ha tenido todavía aplicación en nuestra jurisprudencia.

38. El recelo doctrinal y la cautela judicial no parecen infundadas: de una parte, estamos ante una circunstancia agravante que parece cuasi-inherente al propio delito de desórdenes. La razón de ser de este delito es precisamente la afección a la paz pública que provoca la actuación concertada de una muchedumbre, por lo que no se entiende qué plus de gravedad podría añadir que los hechos se realicen en una manifestación o reunión numerosa. De otra parte, es altamente sospechosa una agravación que parece construirse sobre el ejercicio de un derecho fundamental (el derecho de reunión y manifestación): ¿cómo justificar un plus de gravedad del hecho por el ejercicio de un derecho fundamental? En este sentido, es plenamente comprensible que el Letrado de la defensa haya defendido como cuestión previa, que esta Sala debería plantear una cuestión de constitucionalidad a nuestro Tribunal Constitucional sobre el alcance de esta específica agravación del delito de desórdenes públicos. La Sala ya anticipó en el propio acto del juicio oral que se reservaba tal prerrogativa si fuera el caso de que no pudiera dar una lectura constitucional a la cláusula agravatoria; esto es, que no pasara por penalizar el ejercicio de un derecho fundamental.

39. Pues bien, la Sala considera que esta cláusula de agravación es susceptible de una lectura constitucional, y además que a tenor de tal lectura no puede ser aplicada en nuestro caso. En concreto, consideramos que la razón de ser de la agravación reside en el plus de peligrosidad que presentan aquellas conductas de desórdenes que afectan a un grupo numeroso de personas o una manifestación. Dicho con otras palabras, la manifestación o reunión numerosa de la que habla la agravación no sería el sujeto activo del delito, sino en realidad el sujeto pasivo. Así interpretada esta cláusula agravatoria es evidente que no se está penalizando de manera alguna el ejercicio del derecho fundamental a la reunión o manifestación, sino a la inversa: se lo está protegiendo frente a acciones que puedan afectarlo. Adicionalmente, con ello se explica de manera convincente el plus de peligrosidad de esta circunstancia agravante: cuando los desórdenes afectan a un grupo numeroso de personas o a una manifestación se pueden producir avalanchas que pongan en serio peligro a una cantidad importante de personas. Por tanto, no se trata de que en el seno de una manifestación se cometan unos desórdenes. Se trata de que unos desórdenes afecten a la misma.

40. Apoya esta interpretación, en primer lugar, según decimos, la necesidad de realizar una lectura de la agravación que no ponga en cuestión el ejercicio del





derecho fundamental a la reunión o manifestación. En segundo lugar, un argumento de peso es la pena tan grave que puede imponerse cuando concurre esta circunstancia agravante (hasta 6 años de prisión en caso del tipo básico de desórdenes), y que por tanto indica que estamos ante un hecho de considerable gravedad. Gravedad que, insistimos, existe cuando el desorden afecta a un grupo numeroso de personas o a una manifestación pudiendo provocar avalanchas que la historia nos demuestra que pueden tener consecuencias fatales.

41. En tercer lugar, apoya también esta interpretación la derogación, en la reforma de 2015, del apartado segundo del art. 557 donde se incriminaban, de forma agravada, 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 a la totalidad de los asistentes. De hecho, así parece también interpretarlo nuestro propio TS, que en la sentencia de fecha 11-1-2017 (“caso Blanquerna”), ante la alegación por parte del abogado de la Generalitat relativa a que a los autores de los desórdenes ocurridos en el centro cultural Blanquerna de Madrid se les aplicara el supuesto agravado del art. 557 bis 3ª, niega tal posibilidad debido a que este supuesto no estaba todavía vigente en la fecha de los hechos, y además tiene un contenido más amplio que el que estaba vigente: el 557.2 CP. Lo relevante es que en esta sentencia, el TS de forma meridiana traza un paralelismo entre esos dos artículos:

“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”.

42. En definitiva, consideramos que esta agravante solo procede cuando los desórdenes afecten a un grupo numeroso de personas o a una manifestación, poniendo en peligro concreto a sus integrantes. Es evidente que nada de ello concurre en nuestro caso, pues aunque ciertamente, según decíamos, en la Delegación de la Generalitat invadida por el acusado, se encontraban empleados y ciudadanos, ni sabemos exactamente cuál es su número ni en ningún momento se ha probado que se pusiera en concreto peligro su integridad física.

DÉCIMO.- 43. Establecida y argumentada la responsabilidad del acusado en relación con el delito de desórdenes públicos del art. 557 ter, resta analizar su posible responsabilidad por el otro delito que funda la pretensión condenatoria del





Ministerio Fiscal, esto es, el delito de ultraje a la bandera, en nuestro caso, española. Como ya avanzamos, respecto de este delito no existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, por lo que será absuelto del mismo.

44. Efectivamente, aunque algunos testigos han relatado (en particular el MMEE con TIP xxxx) que la intención última de los manifestantes que invadieron la sede de la Generalitat en Girona era retirar la bandera española de entre las que ondeaban en la sede de la Generalitat, nos enfrentamos ante dos obstáculos infranqueables a la hora de condenar al acusado por el delito de ultraje a la bandera.

45. El primer problema es que no tenemos prueba alguna que sitúe al acusado entre la persona o personas que materialmente retiraron la bandera del mástil donde ondeaba. Ciertamente, según hemos dicho, sí tenemos prueba que sitúa a JORDI A. dentro del grupo que franqueó la segunda puerta, que es la que daba acceso a las plantas superiores donde estaba la bandera. Pero desconocemos si finalmente subió o no las escaleras y, como decimos, formó parte del grupo que retiró la bandera, que por las propias dimensiones del espacio donde estaba la bandera no podía ser muy numeroso.

46. El segundo obstáculo es que, aunque tuviéramos prueba que permitiese situar al acusado dentro del grupo de personas que descolgaron la bandera, debe recordarse que el mero acto de descolgar o incluso tirar al suelo una bandera no puede estimarse constitutivo de ultraje a la bandera. Así lo recuerda el TS en la citada sentencia de 11-1-2017, en la que el acto concreto por el que el abogado de la Generalitat solicitaba la condena por el delito de ultraje a la bandera (en este caso, catalana) era arrojar al suelo de un manotazo la “senyera”:

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 mástil, etc., que por sí mismos pueden evidenciar ese dolo del sujeto activo pero ese no es el caso.

47. Por todo ello, a la única persona a la que podría imputársele, en su caso, el delito de ultraje a la bandera es a la persona fotografiada (folios 140 y 141) pisoteando la bandera española una vez fue descolgada. Extender el delito a las personas que meramente descolgaron la bandera exigiría adicionalmente demostrar que realizaron tal acción a sabiendas de que una vez caída sería pisoteada u objeto de cualquier otra acción claramente ultrajante (escupirla, quemarla, rasgarla). Ninguna prueba de ello tenemos, sin embargo, en nuestro caso.

UNDÉCIMO.- 48. DE LA PENA A IMPONER POR EL DELITO DEL ART. 557 TER. El delito previsto en el art. 557 ter por el cual, según hemos argumentando, sí existe prueba que permite enervar la presunción de inocencia del acusado JORDI A., está castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. En nuestro caso, no existe circunstancia alguna, más allá de las inherentes a la propia comisión del delito, que permita exasperar la pena o escoger, de entre las





opciones que nos da el legislador, la que sin duda es la pena más grave (la prisión), por ser privativa de libertad. Por tanto, la Sala estima acorde a Derecho imponer al acusado JORDI A. la pena de multa de seis meses, con una cuota diaria de 6 euros. Ciertamente no nos consta una averiguación exhaustiva de la capacidad económica del acusado, pero en estos casos tanto el Tribunal Supremo como esta Sala han repetido en multitud de sentencias que no constando una situación rayana en la indigencia es admisible una cuota diaria de 6 euros que de hecho se sitúa muy cerca del mínimo imponible.

DUODÉCIMO.- 49. Con arreglo a lo prevenido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las sentencias deberán pronunciarse sobre el pago de las costas procesales, resolución que podrá consistir en declararlas de oficio, que es el pronunciamiento pertinente en los casos de absolución, o de parte de condenado, cuando, como es nuestro caso, existe sentencia condenatoria. No obstante, en atención a la diferencia entre las acusaciones iniciales y el resultado final condenatorio, la Sala estima proporcional imponer al acusado el pago de $\frac{1}{4}$ parte de las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales y principios citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** libremente de toda responsabilidad al acusado, D. JORDI A. R. por el delito de ultraje a la bandera del que venía siendo acusado en la presente causa; y debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado D. JORDI A. R. **POR EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS ATENUADOS DEL ART. 557 TER CP A LA PENA DE SEIS MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 6 EUROS** y al pago $\frac{1}{4}$ parte de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.





PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente que la dictó D. DANIEL VARONA GÓMEZ, en audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.

