



AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN QUINTA
BARCELONA

Rollo de Apelación nº 645/18
Juzgado de Instrucción de Manresa nº 2
Diligencias Previas nº 573/17

AUTO

Elena Guindulain Oliveras
José M^a Assalit Vives
Rosa Fernández Palma

En la ciudad de Barcelona, a veintiséis de octubre de dos mil dieciocho.

Visto ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el recurso de apelación interpuesto por la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED], FRANCESC R [REDACTED] L [REDACTED], RAMÓN G [REDACTED] S [REDACTED], MIQUEL P [REDACTED] G [REDACTED], PERE C [REDACTED] S [REDACTED], DANIEL F [REDACTED] S [REDACTED], ÁLVARO F [REDACTED] S [REDACTED], GIL A [REDACTED] P [REDACTED], JOSEP T [REDACTED] V [REDACTED], GUILLEM P [REDACTED] R [REDACTED], JAVIER P [REDACTED] M [REDACTED], JOAN C [REDACTED] V [REDACTED], I ÀNGELS G [REDACTED] S [REDACTED] contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Manresa con fecha 30 de abril de 2018, en las Diligencias Previas nº 573/17; y siendo Ponente el Magistrado José M^a Assalit Vives.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de abril de 2018, el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Manresa dictó Auto por el que dispuso no haber lugar a acordar las Diligencias de Instrucción solicitadas por la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS.





SEGUNDO.- El MINISTERIO FISCAL y la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS formularon recursos de reforma y subsidiario de apelación contra la anterior resolución, a los que se adhirió el Lletrat de la Generalitat y fue impugnado por el Abogado del Estado.

TERCERO.- En fecha 28 de junio de 2018, el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Manresa dictó Auto por el que dispuso desestimar los recursos formulados por el MINISTERIO FISCAL y por la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS, manteniendo la resolución dictada; y admitir a trámite los recursos de apelación formulados subsidiariamente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS solicita en su recurso de apelación se acuerde la práctica de todas y cada una de las diligencias de prueba que propuso en su escrito de fecha 12 de marzo de 2018.

Por su parte el MINISTERIO FISCAL postula en su recurso de apelación que se practiquen las diligencias solicitadas por aquella representación, con excepción de la mencionada como número 2, y además también solicita que se edite por los Mossos d'Esquadra un vídeo con todas las imágenes ordenadas cronológicamente, que entiende sería útil para la clarificación de los hechos (evitando tener que saltar de un vídeo a otro para observar el mismo hecho).

De los expresados recursos de apelación se desprende que las diligencias interesadas por ambas partes recurrentes van dirigidas a:

- a) Identificar a los agentes de la autoridad que efectuaron la actuación policial en el IES [REDACTED] de Sant Joan de Vilatorrada el día 1 de octubre de 2017, por la que se sigue la presente causa, ya sea para la averiguación de los autores de las concretas lesiones sufridas por los ciudadanos que se encontraba en ese centro, ya fueran los concretos superiores jerárquicos o los agentes que estuvieran a sus ordenes. Y ello para que declaren como testigos de lo ocurrido o como investigados.
- b) La declaración del Teniente TIP [REDACTED] como investigado. Esta diligencia no la solicita el MINISTERIO FISCAL.
- c) La obtención de un informe emitido por el Gabinete de Coordinación y Estudio, de la Secretaria de Estado de Seguridad, relativa a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desplegada a la comarca del Bages, conteniendo la identificación de los agentes actuantes, instrucciones orales y escritas dadas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; y protocolos sobre utilización de armas y instrumentos de uso policial, en concreto de bastones extensibles y escudos, en manifestaciones y concentraciones.
- d) Reiterar la solicitud a la Guardia Civil de Manresa y al ABP del Bages de los Mossos d'Esquadra a fin de que aporten grabaciones, ordenes escritas, llamadas, telefonemas o cualquier otra actuación documentada.





- e) La edición por los Mossos d'Esquadra un vídeo con todas las imágenes ordenadas cronológicamente, que el MINISTERIO FISCAL solicita porque entiende sería útil para la clarificación de los hechos (evitando tener que saltar de un vídeo a otro para observar el mismo hecho).

SEGUNDO.- La Instructora Judicial que dictó el Auto de fecha 30 de abril de 2018, ahora apelado, para llegar a la conclusión de desestimación de la solicitud de práctica de las diligencias de instrucción (interesadas por la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS en su escrito de 12 de marzo de 2018) en su resolución afirma que:

1.- “De la actuación policial, únicamente puede desprenderse 14 heridos leves, la mayor parte de ellos por golpes de porra o defensa, y 1 herido con parte médico forense de tratamiento médico . . . “. (Se emitió informe forense de cada uno de los lesionados).

2.- Los lesionados declararon ante la Instructora judicial (salvo dos de ellos), manifestando que les era imposible identificar los supuestos autores de las lesiones.

Así pues, la propia Instructora judicial establece, con la provisionalidad propia de toda conclusión alcanzada en la fase de instrucción de un procedimiento penal, que las lesiones efectivamente sufridas por los citados 14 ciudadanos fueron consecuencia de la “actuación policial”, siendo el mecanismo lesivo golpes de porra o de defensa.

A partir de esas afirmaciones de la propia Instructora judicial podemos concluir, también de forma provisional, que en la actuación policial, ya sea atribuibles a los mandos que la dirigieron o a algunos de los agentes que intervinieron, que se cometieron conductas típicas incardinables en los tipos penales de lesiones (y daños).

Lo que desde luego no necesariamente debe conllevar el correspondiente reproche penal, ya que para ello las conductas típicas deben también ser antijurídica por ausencia de causas de justificación.

TERCERO.- La Instructora judicial aunque afirma -en el repetido Auto- que no es el momento procesal para pronunciarse sobre la procedencia de lo dispuesto en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, viene a adelantar que aprecia la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, en definitiva de la eximente prevista en el artículo 20.7º del Código Penal.

En efecto, en la propia resolución apelada se afirma acertadamente que el operativo policial llevado a cabo, en el IES [REDACTED] de Sant Joan de Vilatorrada, por la Guardia Civil, se ejecutó en cumplimiento de lo ordenado en el Auto de fecha 27 de septiembre de 2017, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (folio 253), que en su parte dispositiva consigna:

“Se acuerda Ordenar a los Mossos D'Esquadra, Guardia Civil y Policía Nacional lo siguiente:

Impedir, hasta el 1 de octubre, la utilización de locales o edificios públicos o de aquellos en los que se preste cualquier tipo de servicio público para la celebración del referéndum.

En esa fecha, se impedirá su apertura, procediéndose, en su caso, al cierre de todos aquellos que hubieran llegado a aperturarse.





En el caso de que los actos de preparación del referéndum o los de votación el 1 de octubre, tuvieran lugar en edificios con instalaciones compartidas de servicios públicos en funcionamiento ese día o en fechas anteriores, se procederá únicamente al cierre de aquellas dependencias en las que se hicieran actos de preparación o fuera a celebrarse la votación el día 1, cuidando de que no se vea afectado el resto de dependencias en las que se deban seguir prestando los servicios que les sean propios. Requisar todo el material relacionado con el referéndum que, en su caso. Estuviera en disposición de introducirse o fuere hallado dentro de dichos locales o edificios, incluyendo los ordenadores que constituyan el objeto o instrumento de los delitos que se investigan.

Asimismo, se impedirá la actividad y/o apertura de establecimientos públicos que se utilicen como infraestructura logística y/o de cálculo: centro de procesamiento, de recepción de recuento o de gestión de votos.

Mossos D'Esquadra, Guadía Civil y Policía Nacional, deberá actuar conjuntamente para la efectividad de lo ordenado, prestándose en todo momento el auxilio y apoyo necesario que haga posible el estricto cumplimiento de lo que aquí se dispone...”.

En el caso de concurrir esa causa de justificación, siempre que se apreciara como eximente completa, no sería necesaria una mayor investigación de los hechos dirigida a la identificación de los mandos policiales que la dirigieron y de los agentes que intervinieron, ya sea para tomarles declaración como investigados o como testigos de las conductas típicas cometidas.

CUARTO.- A continuación debemos plantearnos el momento procesal en que se debe resolver sobre la concurrencia de la indicada exención de la responsabilidad criminal por obrar en cumplimiento de un deber.

Esta cuestión ha sido especialmente controvertida según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, nosotros seguiremos la doctrina que al respecto se refleja en su Sentencia nº 202/2018, de 25 de abril, no sólo porque es reciente sino porque la consideramos acertada, y que declara literalmente:

“... ”

Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuricidad (como la legítima defensa). Debe ser suficiente a fin de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del animus iniuriandi, sería algo -se ha sostenido- que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: animus iniuriandi o calumniandi) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.

De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.

Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.

De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen





constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. "Criminalidad" a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que "tipicidad objetiva". Por «criminalidad» hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de «criminalidad».

La única salvedad que en un plano teórico hay que efectuar a este planteamiento es la relativa a las causas de inimputabilidad que llevan aparejadas medidas de seguridad. En tales casos es preceptivo entrar en el juicio oral no ya porque no pueda constatar esas circunstancias el Instructor (en muchas ocasiones contará con elementos sobrados para ello) sino porque se hace imprescindible el plenario para decidir sobre la imposición o no de medidas de seguridad, a veces más gravosas que la propia pena, dando oportunidad para una defensa plena. Y, es que, en esos casos, aunque la sentencia sea formalmente absolutoria, encierra una condena al sometimiento a una medida de seguridad.

Es todo esto predicable de los supuestos de injuria y calumnia. Otra interpretación, aparte de no contar con base legal suficiente, supondría someter injustificadamente al querellado a las cargas que se derivan del juicio oral y, además, se traduciría en una vulneración indirecta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No sólo el derecho del querellado que tendría que esperar al juicio oral, con todas las demoras, cargas y coste social que ello puede comportar, para obtener una definitiva resolución exculpatoria cuya procedencia era constatable ya desde antes; sino también del propio querellante, que no verá expedita la vía civil hasta que esté definitivamente resuelta la causa penal".

Así pues, de la expresada doctrina llegamos a la conclusión que el Instructor judicial puede acordar el sobreseimiento de la causa por apreciar una causa de justificación, en el presente caso la de obrar en cumplimiento de un deber.

A nuestro entender, si consideraba que efectivamente concurría la expresada eximente completa debería haber declarado concluida la instrucción y dictado el correspondiente sobreseimiento, contra el que las partes hubieran podido recurrir esa apreciación de la eximente.

Por el contrario, en méritos de la resolución recurrida se deniegan unas diligencias solicitadas por las partes en base a la concurrencia de una causa de sobreseimiento no acordada, aunque sí adelantada implícitamente, de la que se desprendería, por ello, que no eran necesarias nuevas diligencias dirigidas a la identificación de los autores de los hechos típicos, fueran mandos policiales o agentes a sus órdenes.

Pero es que no todas las diligencias interesadas tienen como única finalidad esa identificación de los autores de los hechos típicos, la mayoría de ellas son necesarias o útiles





para valorar precisamente la concurrencia o no de la repetida eximente completa o incompleta de obrar en cumplimiento de un deber, antes de, en su caso, decidir sobre el correspondiente sobreseimiento.

QUINTO.- Para llegar a esa conclusión consideramos de interés analizar los requisitos para la aplicación de la repetida eximente prevista en el artículo 20.7º del Código Penal.

La circunstancia de que el operativo policial que intervino en el IES [REDACTED] de Sant Joan de Vilatorrada el día 1 de octubre de 2017 estuviera habilitado, como lo estaba, para realizar esa intervención por obrar en cumplimiento de lo ordenado por el Auto de fechas 27 de septiembre de 2017, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desde luego no le eximía de cumplir la Ley Orgánica nº 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana nº 4/2015, de 30 de marzo, y los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la apreciación de la repetida causa de justificación.

Así la citada L.O. nº 2/1986 dispone, en su artículo 5.2, literalmente, lo siguiente:

“Artículo 5.- Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. . . .

2. Relaciones con la comunidad. Singularmente:

- a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.*
- b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.*
- c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.*
- d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.*

Por su parte la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana nº 4/2015, de 30 de marzo, en su Preámbulo II declara literalmente:

“Por tanto cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho)”.

Y en su artículo 23 dispone literalmente:

“1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.





Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible”.

Para limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos debe valorarse, en primer lugar, que sea necesaria la limitación para cumplir el deber asignado -juicio de idoneidad-; la limitación debe ser llevada a cabo en la forma menos lesiva -juicio de necesidad-; y el mal producido no debe ser mayor que el que se trata de evitar -juicio de proporcionalidad-.

Con respecto a la jurisprudencia debemos señalar que ésta ha venido recibiendo en sus resoluciones la doctrina de los autores con respecto a las exigencias para la apreciación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, y en este sentido cabe poner énfasis en que el comportamiento violento y el uso de la fuerza deben ser necesarios tanto en su vertiente abstracta como en la concreta, y que debe existir proporcionalidad entendida, ésta, en el siguiente sentido: si los intereses/bienes jurídicos que se van a lesionar guardan proporción con los que se trata de salvaguardar con la actuación policial.

Así con respecto a la concurrencia de la necesidad abstracta y la concreta cabe citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de octubre de 1980, que en la parte que es de interés, literalmente, declara:

“... 3º) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean necesarios, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función, agregándose que será necesaria aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible, para conseguir el cumplimiento de la función, distinguiendo, la doctrina, entre la necesidad de la violencia en abstracto y la necesidad en concreto, la cual equivale a la idoneidad del medio específicamente interpuesto o utilizado, ...”.

Y en cuanto a la proporcionalidad, en el sentido ya expresado de ponderación de intereses (orientadora normativamente al ideal de la justicia), cabe citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1715/1994, de 30 de septiembre, que en la parte que es de interés, literalmente, declara:

“5.º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o este aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación solo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, como ya se ha dicho, pero al mismo tiempo sin conceder franquicia a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto a la





actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de "la afirmación del Derecho por encima de lo injusto", como ha dicho algún autor".

En la Sentencia del Tribunal Supremo nº4/2005, de 19 de enero, relativa a un supuesto en que un agente de la policía golpeó con su defensa una de las personas que formaban parte de un grupo reunido en las inmediaciones de un domicilio donde se iba a proceder a la detención de uno de los miembros de la Mesa nacional de Herri Batasuna, en la que se declara literalmente:

"A) No existe, en primer lugar, indebida inaplicación del art. 20.7.º, que se refiere a la eximente de quien obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, no sólo porque no se cuenta con la base fáctica exigible para ello, en la narración que contiene la Sentencia recurrida, como es de todo punto indispensable en el análisis de un motivo como el presente, sino porque, además, examinando las pruebas disponibles, no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e imprescindible de la «necesidad» de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «... para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe»".

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve en diversas resoluciones sobre la repetida necesidad y proporcionalidad en la actuación de las fuerzas policiales. Cabe citar, entre otras, la STEDH de 15 de noviembre de 2012 (M. Murat Çelik contra Turquía/ se demandaba el uso excesivo e injustificado de la fuerza por la policía en una manifestación).

SEXTO.- Aplicadas las indicadas normas y criterios jurisprudenciales al caso de autos, sobre la concurrencia o no de la eximente completa de obrar en cumplimiento de un deber, antes de, en su caso, decidir sobre el correspondiente sobreseimiento, debe valorarse de forma motivada y suficiente si el operativo policial que intervino en el IES ████████ de Sant Joan de Vilatorrada el día 1 de octubre de 2017, para cumplir lo ordenado por el Auto de fecha 27 de septiembre de 2017, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en concreto para el cierre de los locales o edificios públicos o aquellos en los que se prestase cualquier tipo de servicio público, que se hubieran aperturado para la celebración del referéndum del 1 de octubre de 2017, y para requisar todo el material relacionado con el referéndum, decidió de forma ajustada a derecho emplear la fuerza y/o violencia que finalmente causó las lesiones -según afirma la propia Instructora judicial-. Es decir, si era necesaria esa actuación, en abstracto y en concreto, y si era proporcional, teniendo en cuenta los intereses y bienes jurídicos en presencia.

Analizadas las actuaciones, las declaraciones de los testigos, los informes forenses sobre las lesiones, y las grabaciones videográficas existentes, que lógicamente no abarcan todos y cada uno de los golpes con porras o defensas, propinados por los agentes, que causaron las lesiones, llegamos a las siguientes conclusiones que son desde luego provisionales, atendido el momento procesal en que nos hallamos:





1.- No parece que la actuación policial se iniciara mediando la obligada información, aviso y requerimiento a los congregados a la entrada del edificio IES [REDACTED] aunque pudiera resultar evidente el motivo y finalidad de su presencia.

2.- En caso de que a pesar de esa información, aviso o requerimiento se hubieran realizado y los ciudadanos congregados no hubiera facilitado la entrada -lo que desde luego era probable-, la utilización de la fuerza hubiera sido necesaria para lograr el objetivo perseguido que era requisar todo el material relacionado con el referéndum, con lo que lógicamente se impedía que las votaciones se siguieran desarrollando, y que los votos emitidos anteriormente no pudieran ser contabilizados. No se pretendió el cierre del local de votación, pues el dispositivo policial abandonó el lugar seguidamente.

3.- De las imágenes visualizadas, resulta provisionalmente que:

Para alcanzar la puerta de entrada acristalada del edificio, al no poderlo realizar un primer dispositivo policial por la rampa derecha (mirando desde la vía pública), un segundo dispositivo policial se dirigió a la rampa izquierda y una vez en ella sus miembros inmediatamente corrieron hasta llegar frente a la referida puerta donde se hallaban concentrados un grupo de ciudadanos -que con su presencia impedían acceder a la puerta-, y sin solución de continuidad, sin aviso ni requerimiento alguno, y sin intentar apartarlos de delante de la puerta, ya fuera cogiéndolos y/o arrastrándolos, de forma sorpresiva les golpearon con las porras y defensas con lo que lograron que salieran de allí para no seguir siendo golpeados y lesionados. Seguidamente procedieron a romper con un mazo los cristales de la puerta para entrar en el edificio.

4.- El primer agente que entró en el edificio sufrió ya en el vestíbulo interior el impacto de una silla lanzada desde lejos por un ciudadano, lo que provocó su caída al suelo en que se hallaban los restos de los cristales fracturados. El MINISTERIO FISCAL considera, con buen criterio, que este episodio podría ser constitutivo de un delito de atentado a agente de la autoridad.

5.- Además de lo anteriormente consignado debe también señalarse que en las grabaciones se observan, en apariencia, concretos usos excesivos de las porras o defensas golpeando a ciudadanos sin mediar agresión física previa.

(Las grabaciones videográficas que contienen los episodios mas significativos son: 1) 51532988-cf66-461e-8e85-86b1982fda6b; 2) Video.MOV; 3) WhatsApp Video 2017-10-23 at 21.17.16; 4) WhatsApp Video 2017-10-23 at 21.17.17; 5) 8073992017; 6) VID-20171001-WA0033; 7) VID-20171001-WA0035; 8) VID_20171001140759; 9) VID-20171001-WA0036; 10) IMG_3226.MOV; 11) VID-20171001-WA0033; y 12) 8073992017 -en este último se observa el lanzamiento de la silla-).

SÉPTIMO.- En definitiva, de forma provisional y sin que suponga anticipar el resultado del juicio oral, si llegara a abrirse, debemos decir que:

Si bien para lograr entrar en el edificio -para requisar el material del referéndum y así impedir que se siguiera votando- era necesario el empleo de la fuerza, en caso de que advertidos los ciudadanos congregados -que en principio no lo fueron- se mantuvieran en su





actitud renuente a que entrara la fuerza pública, no consideramos que fuera necesario golpear con porras y defensas de forma inopinada y sorpresiva a aquéllos que estaban en el exterior junto a la puerta de entrada para impedir que los agentes se introdujeran en el edificio, lo que produjo lesiones a estos ciudadanos, lo que se pueden observar en las propias grabaciones videográficas. Se hubiera podido conseguir el mismo resultado, aunque para ello se hubiera requerido de más tiempo, sacando a los congregados por la fuerza: agarrándolos y arrastrándolos. Así pues consideramos que se produjo un exceso en la actuación policial con causación de lesiones que seguramente no se hubieran producido de actuar de otra forma.

También, de forma provisional, consideramos que hubo excesos policiales en algunos casos concretos, como ya hemos dicho, uso de porras o defensas golpeando a ciudadanos también sin mediar agresión física previa, y sin finalidad aparente.

Desde la vertiente de la proporcionalidad ya definida: si los intereses/bienes jurídicos que se van a lesionar guardan proporción con los que se trata de salvaguardar con la actuación policial, también debemos concluir que no existió esa proporcionalidad. En efecto, ante la presencia en la entrada del IES [REDACTED] de numerosos ciudadanos que querían que la votación siguiera desarrollándose, los mandos policiales deberían haber valorado que, para lograr su objetivo, era altamente probable lesionar a algunos de ellos, como así fue en un número de 14 lesionados, y además con un posible deterioro de la imagen de las instituciones.

Impedir que se siguiera votando en el IES [REDACTED] suponía la afirmación de la efectividad de la norma y del cumplimiento de las ordenes judiciales, pero de continuar esa votación, el resultado de la misma no hubiera tenido las consecuencias jurídicas pretendidas por los organizadores, por ser antijurídica de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional español, lo que desde luego era sabido por la fuerza actuante. Nótese que en otros lugares de Cataluña no hubieron actuaciones policiales, las votaciones se realizaron, y se suministraron resultados, sin consecuencia jurídica alguna.

OCTAVO.- Como consecuencia de lo anterior entendemos procedente la práctica de todas las diligencias interesadas por las partes apelantes, el MINISTERIO FISCAL y la representación de JORDI P [REDACTED] P [REDACTED] Y OTROS, pues se encuentran dirigidas a identificar los autores y partícipes de los hechos, a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 118 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a una mejor valoración de la causa de justificación que pudiera ser completa o incompleta, o no ser aplicable.

Es de interés señalar que aunque pueda ser difícil la identificación de los autores o partícipes de los hechos, pues los lesionados difícilmente los pueden reconocer y no parece que los agentes lleven número identificativo a la vista, los mandos del operativo y sus superiores jerárquicos sí pueden ser identificados, y en cuanto a los concretos agentes que golpearon a los lesionados, lo pueden ser a partir de la declaración testifical de aquellos agentes, que no se hubieran excedido en su función y que hubieran observado los excesos de algún compañero, o mediante el visionado de las grabaciones los pudieran identificar. Lógicamente esos testigos se hallarán dispuestos a colaborar con la acción de la justicia.

NOVENO.- Se declaran de oficio las costas de la presente apelación.





Voto particular:

Que formula la Magistrada Rosa Fernández Palma

PRIMERO.- No comparto con la mayoría del Tribunal la decisión de practicar las diligencias de investigación interesadas por la representación procesal de Jordi P [REDACTED] P [REDACTED] y otros.

SEGUNDO.- De las diligencias practicadas hasta el momento se desprende:

(i) que los agentes de la Guardia Civil actuaron en el marco de las órdenes recibidas con ocasión de las votaciones convocadas el día 1 de octubre de 2017 en Catalunya.

(ii) que en la intervención en concreto en el instituto [REDACTED] de Sant Joan de Vilatorrada cuando la Guardia Civil pretende el acceso al centro en cumplimiento de dichas órdenes, se lo impiden las personas congregadas en una de las rampas de acceso, quienes empujan a los agentes haciéndoles retroceder tal y como se contempla en la grabación obrante en autos (con n.º. de diligencia 807399/2017, archivo IMG_3226). En ese momento, también puede verse a dos agentes de Mossos d'Esquadra que interactúan entre los agentes de la Guardia Civil y la ciudadanía congregada hasta que se produce un forcejeo entre ellos y los funcionarios de Mossos d'Esquadra son apartados. Ante la presión de la ciudadanía en el acceso ya expresado los agentes van perdiendo su posición hasta finalizar en la zona inicial de la rampa. En ese momento, otro grupo de agentes de la Guardia Civil accede sorpresivamente por la rampa izquierda y prácticamente logra alcanzar la puerta acristalada de acceso hasta que varias personas que se hallaban en el grupo de oposición hacia los agentes de la rampa derecha pretende impedirles el paso. A partir de aquí varios agentes emplean las porras y defensas para conseguir acceder al centro de votación.

(iii) que hubo varios heridos tras el hecho anterior (en su mayoría leves, salvo uno de ellos que precisó tratamiento médico-quirúrgico).

(iv) que del documento videográfico expresado se desprende que la policía no tuvo otro modo de acceder al lugar que el empleo de la concreta violencia ejercida (el grupo de personas que allí se encontraba se opuso activamente a la actuación policial haciéndoles retroceder y no se encontraban sentados o tumbados en el suelo de manera que fuera viable otro modo de proceder), que fue mínima atendiendo a los resultados lesivos producidos. Desde esta perspectiva, concurren indicios de que los agentes actuaron amparados por la causa de justificación de cumplimiento de un deber recogida en el art. 20.7ª CP (tal y como se justifica en la resolución recurrida).

TERCERO.- No comparto de la resolución mayoritaria algunas de las conclusiones que ofrece en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo en las que se vierten valoraciones sobre el modo en que la operación policial debió desarrollarse, que no se acompasan con este momento procesal ni con el concreto estado de la instrucción (precisamente porque no contextualiza la intervención, ya que ésta no comenzó en ese punto sino que llevaba ya un tiempo de recorrido, tal y como se ha descrito en el fundamento anterior); y suprimiría el último párrafo del fundamento séptimo porque da la apariencia de posicionamiento sobre la conveniencia general de las intervenciones policiales del día 1 de octubre de 2017.





CUARTO.- Me separo de la resolución mayoritaria respecto del fundamento octavo, en el que de forma global y genérica se admiten la totalidad de las diligencias de instrucción cuestionadas.

En este punto, conforme a jurisprudencia consolidada, debe recordarse que el derecho a la prueba no es ilimitado y en consecuencia el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, como corolario del derecho a la tutela judicial efectiva, no implica que el querellante o denunciante pueda exigir del Juzgado de Instrucción la práctica de todas las pruebas o diligencias de investigación que proponga, ya que no hay que olvidar, que el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita la actividad instructora a las diligencias necesarias e indispensables para formular acusación y en la que, precisamente, se funda el principio de celeridad, caracterizador del procedimiento abreviado, lo que presupone que cabrá el rechazo de aquellas diligencias instructoras propuestas por las partes, que no resulten necesarias para formular acusación; lo anterior sin obviar la estrecha relación de dicho principio con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de celeridad, eficacia o economía procesal, a los cuales, ciertamente, no puede supeditarse la búsqueda de la verdad y la protección de los intereses de las víctimas; en tal sentido y al respecto del derecho a la prueba, la STC 126/2011 dispone: "*...corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución final del asunto litigioso...*".

Comparto la resolución recurrida y la argumentación que aporta sobre la denegación de las concretas diligencias interesadas.

La primera de ellas, consistente en la identificación de todos los agentes del grupo de reserva y seguridad, resulta desproporcionada teniendo en consideración que una gran parte de los agentes desplazados al lugar limitaron su intervención a la realización de cordones policiales y funciones de seguridad del entorno; y no puede obviarse que, sobre la base de las diligencias de instrucción ya practicadas y el resultado de las mismas, no parece que con la finalidad que se pretende vayan a arrojar mayor luz sobre los presentes hechos.

Las múltiples grabaciones aportadas a la causa, ya fuera a título particular o por parte de Unidades Policiales de Instrucción, revelan innecesaria *la identificación y testifical de los agentes de la Policía Judicial (agentes 1, 2 y 6), testimonios directos de las agresiones*, por cuanto dichos testimonios no podrán aportar sobre los hechos nada que no se haya observado en las propias grabaciones e imágenes en las que, tal y como manifiestan los recurrentes, siempre aparecen presentes, ya que no es previsible que la información que posean, su conocimiento del grupo de agentes que actuaron ante la puerta del centro, sea superior al de los funcionarios de la Policía Judicial a quienes ya se ha tomado declaración, con el resultado que obra en autos.

Que los agentes de la Guardia Civil portaran o no de manera visible en las prendas sus números de identificación, resulta irrelevante desde el punto de vista penal, sin perjuicio de lo que resultara, en su caso, en vía administrativa-disciplinaria, por lo que resulta innecesaria la diligencia relativa a la identificación en las prendas accesorias de uniformidad interesada y nada aporta al esclarecimiento de los hechos, sin obviar que la resolución de 19 abril de 2013 relativa al número de identificación de las prendas accesorias de uniformidad de las





unidades de intervención policial, a la que aluden los apelantes, va dirigida a las "Unidades de Intervención Policial del Cuerpo Nacional de Policía", de cuya intervención, por lo que respecta a la presente causa, no se tiene conocimiento.

Con respecto al Informe del Gabinete de Coordinación y Estudio, la petición tal y como está formulada resulta desproporcionada; en todo caso y debiendo tender las diligencias a la finalidad más arriba expuesta, debería quedar limitada a la actuación desplegada en la localidad de Sant Joan de Vilatorrada, resultando irrelevante respecto de la totalidad de las que integran la comarca del Bagès, no pudiendo convertirse esta instrucción en una causa general.

Finalmente, la ausencia de indicación de la finalidad pretendida con la diligencia consistente en las comunicaciones vía emisora y teléfono impediría valorar la necesidad de la misma, aunque en los términos de la solicitud no se advierte cómo podría ayudar a conocer qué concretos agentes causaron las lesiones.

Por lo demás, debe recordarse que la finalidad de las diligencias de instrucción no es sino la de tender al esclarecimiento del hecho, y no la de procurar la mayor facilidad del material para su estudio.



