

# **EL NUEVO “DERECHO SANCIONADOR AUTORITARIO”. ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**

Por

JOAN BAUCELLS LLADÓS  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universitat Autònoma de Barcelona

[joan.baucells@uab.cat](mailto:joan.baucells@uab.cat)

*Revista General de Derecho Penal* 24 (2015)

**RESUMEN:** El presente trabajo descubre en las reformas de 2015 la recuperación de una tendencia político criminal, el “derecho sancionador autoritario” e identifica las características de este modelo en la reforma penal y la Ley de seguridad ciudadana. Pero, en segundo lugar, y al hilo del propósito anterior, también aporta las razones por las que la implantación de este modelo puede considerarse inconstitucional.

**PALABRAS CLAVE:** derecho sancionador autoritario; desordenes públicos; orden público; seguridad ciudadana.

**SUMARIO:** I. Introducción. La recuperación de una vieja tendencia político criminal: el “Derecho sancionador autoritario”; II. De la protección de bienes jurídicos a la tranquilidad de las calles como objetivo del ius puniendi. 1. El traslado del núcleo del injusto de la alteración del “orden público” a la alteración de la “paz pública”, 2. Consecuencias penales y constitucionales de este traslado, 2.1. La ampliación de los tipos penales de desórdenes públicos, 2.2. La limitación de formas legítimas de ejercer derechos políticos, a) La configuración constitucional “preferente” de los derechos de expresión, manifestación y reunión y sus consecuencias para el derecho penal, b) La limitación del derecho a la libertad de expresión, c) La limitación de las nuevas formas de protesta, d) Sobre la inconstitucionalidad de la paz pública como bien jurídico ajeno a la protección de derechos; III. El desaliento de la movilización ciudadana, 1. La agravación de la pena por ejercer el delito con ocasión de una manifestación o reunión, 2. El efecto desaliento del ejercicio del derecho a la manifestación y reunión, a) Tipificación de conductas de forma excesivamente amplia o vaga, b) Sanción desproporcionada; IV. Ampliación de las potestades de las fuerzas de seguridad públicas (y privadas) para facilitar la represión de los aludidos derechos políticos, 1. Ampliación del ámbito típico de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, 2. Arbitrariedad policial en la imposición de sanciones administrativas, 3. Recurso a la seguridad privada para reforzar la represión pública, 4. Obstaculización de la persecución de abusos policiales en la represión de las protestas; V. Concentración del poder sancionador en el Ejecutivo.

## **THE NEW "AUTHORITARIAN PUNITIVE LAW". ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PENAL CODE AND CITIZEN SECURITY LAW**

**ABSTRACT:** This research discovered in the reforms of 2015 the recovery of a criminal political trend, the "authoritarian punitive law" and identifies the features of this model in criminal law and

citizen security bill reforms. At the same time, also gives the reasons why the implementation of this model can be considered unconstitutional.

KEYWORDS: authoritarian punitive law; public disorders; public order; citizen security.

## I. INTRODUCCIÓN. LA RECUPERACIÓN DE UNA VIEJA TENDENCIA POLÍTICO CRIMINAL: EL “DERECHO SANCIONADOR AUTORITARIO”

La intensificación de la criminalización de la protesta social en tiempos de crisis parece ser una constante histórica que no hace más que confirmar y evidenciar la vulnerabilidad de las libertades de expresión, reunión y manifestación<sup>1</sup>. La crisis financiera y los subsiguientes recortes en función pública, derechos sociales y laborales llevados a cabo por los distintos gobiernos en España, unidos a los altos niveles de desempleo y a la falta de transparencia y de control democrático en la toma de esas decisiones han venido acompañados, primero, de un incremento de la restricción y la represión de la protesta social que se oponía a ellos<sup>2</sup> y, en una última etapa -como veremos a continuación- de su directa criminalización. Son muchos los organismos nacionales e internacionales y los colectivos autorizados que han denunciado esta situación<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase al respecto VIVES ANTÓN, T.S. “Sentido y límites de la libertad de expresión” en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 367 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido Amnistía internacional ha denunciado que pese al carácter pacífico de la mayoría de estas protestas, ha habido denuncias frecuentes de uso excesivo de la fuerza y de malos tratos por parte de agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad; además, no se han llevado a cabo investigaciones internas y judiciales adecuadas sobre las denuncias formuladas. También ha habido noticias de conducta agresiva por parte de policías contra periodistas y fotógrafos que informaban sobre las manifestaciones. La policía ha sometido a comprobaciones colectivas de identidad a manifestantes pacíficos durante las manifestaciones o incluso antes de ellas, y también se ha informado de un aumento de las multas administrativas impuestas a personas por asistir a protestas o reuniones similares. Respecto a la restricción de estos derechos Amnistía también ha denunciado las injustificadas limitaciones de que ha sido objeto por parte de los gobiernos civiles el ejercicio de escraches pacíficos o la no autorización de manifestaciones legales por el simple hecho de no haberse notificado con antelación suficiente. Ver ampliamente el informe de Amnistía Internacional “*España: el derecho a protestar amenazado*” en [https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44100114.spa%20%28policing%20spain\\_FINAL\\_en%20baja%29?CMD=VEROBJ&MLKOB=32906041616](https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44100114.spa%20%28policing%20spain_FINAL_en%20baja%29?CMD=VEROBJ&MLKOB=32906041616) [consultado el 26 de mayo de 2015].

<sup>3</sup> Entre los organismos Internacionales ver KIAI, M. “*Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*” en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/046/29/PDF/G1404629.pdf?OpenElement>, especialmente sobre la situación en España, p. 49 y ss. [consultado 15 de junio de 2015]; el informe del Secretario del Consejo de Europa “*State of democracy, human rights and the rule of law in Europe*” de mayo de 2014 en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2742889&SecMode=1&DocId=2263108&Usage=2> [consultado el 26 de mayo de 2015]. Entre los organismos nacionales, ver los informes del Consejo General del Poder Judicial en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad)

En este contexto, el objeto de este trabajo será fundamentalmente político criminal y consistirá, en primer lugar, en identificar y explicar los objetivos fundamentales perseguidos con la entrada en vigor del paquete legislativo constituido por las LO 1/2015 y 4/2015, ambas de 30 de marzo, por las que se modifica el código penal [CP] y la ley de protección de la seguridad ciudadana [LPSC], respectivamente. Esta aproximación nos parece justificada por dos motivos. En primer lugar, porque -desde que la ciencia penal descubrió la importancia de introducir la perspectiva político criminal para orientar la dogmática penal y mejorar la crítica al derecho penal- la doctrina penal española ha avanzado mucho en los últimos lustros en esta perspectiva y en la identificación y sistematización de determinadas tendencias político criminales. Conceptos como "*derecho penal del enemigo*", "*derecho penal securitario*", "*derecho penal del riesgo*" -y más recientemente el "*derecho penal del amigo*"<sup>4</sup>- o incluso el debate sobre la delimitación entre ellos<sup>5</sup> han alcanzado entre la doctrina española cuotas de elaboración muy elevadas. Pero, en segundo lugar, también puede observarse como la tendencia histórica de aproximación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador se ha acelerado en los últimos tiempos. En realidad, en el proceso de elaboración de la LO 1/2015 de reforma del código penal y la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana se han ido haciendo referencias mutuas hasta el punto de poder afirmar -como veremos- que son instrumentos complementarios dirigidos a alcanzar idénticos objetivos político criminales. Ello justifica que el objeto de nuestra investigación trascienda el derecho penal y hablemos de "derecho sancionador". Esta íntima conexión entre ambos instrumentos del *ius puniendi* ha llevado incluso a la doctrina administrativista a referirse a la Ley de protección de la seguridad ciudadana como

---

[del CGPJ/Informes/Informe al Anteproyecto de Ley Organica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre delCodigo Penal](#) [consultado el 26 de mayo de 2015]. Entre los colectivos autorizados, puede verse el documento del Comité permanente de Jueces para la Democracia "Orden público y restricción de libertades. Análisis de la reforma de la legislación penal y administrativa desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales" en <http://s01.s3c.es/imag/doc/2014-03-04/Juecesparalademocracia.pdf> [consultado el 26 de mayo de 2015], el de Amnistía Internacional "España: el derecho a protestar amenazado" citado en nota anterior o el del Grupo de Estudios de Política Criminal "No hay derecho. Por un código penal de todos" en <http://www.gepc.es/web/contenido/no-hay-derecho-por-un-c%C3%B3digo-penal-de-todos-comunicado-del-grupo-de-estudios-de-pol%C3%ADtica> [consultado el 26 de mayo de 2015].

<sup>4</sup> VIDALES,C. "Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)" en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013, págs. 269 y ss.

<sup>5</sup> Ver a modo de ejemplo de estos esfuerzos delimitadores DIEZ RIPOLLES,J.L. "De la Sociedad del riesgo a la Seguridad ciudadana: un debate desenfocado" en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [consultado el 26 de mayo de 2015].

“*derecho administrativo sancionador securitario*”<sup>6</sup> o “*derecho sancionador del enemigo*”<sup>7</sup>, haciéndolo heredero de las críticas de estas tendencias, hasta ahora sólo identificadas en el derecho penal.

Creo que en demasiadas ocasiones se tiende a forzar estas categorías para incluir en ellas las reformas penales de turno. En rigor, creo que las reformas de 2015 en materia de seguridad ciudadana no pueden situarse, pese a alguna semejanza, en ninguna de esas tendencias. Es cierto que con el “*Derecho penal del enemigo*” -propio de la lucha contra el terrorismo- se asemeja, como veremos, por dirigirse ambas políticas a luchar contra el oponente político y por proponer en algunas ocasiones penas desproporcionadamente elevadas. Sin embargo, las reformas objeto de este trabajo ni puede afirmarse que persigan la inocuización del delincuente como fuente de peligro, ni tienen el nivel de supresión de garantías, sobre todo procesales, propias del primero<sup>8</sup>. Por su parte, es cierto que con el “*Derecho penal securitario*” -propio de la delincuencia patrimonial y sexual clásica- se asemeja, como veremos, por revalorizar el carácter aflictivo de la pena y por la introducción de lógicas gerenciales en la lucha contra la delincuencia. Sin embargo, las reformas de 2015 ni persiguen la inocuización del delincuente, ni -por definición- sustantivan los intereses de las víctimas<sup>9</sup> pues se trata de una política criminal que tiene por objeto el orden público. Además, las funciones simbólicas de las reformas de 2015 tampoco son las mismas que las perseguidas en estas tendencias.

Creo que con la reformas penales de 2015 en materia de orden público podemos hablar más bien de la recuperación de una vieja y ya conocida tendencia político-

---

<sup>6</sup> Así RANDO,P. “El modelo penal de la Seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador” en *Indret* 1/2010, págs. 6 y ss. desde una perspectiva más amplia refiriéndose al derecho administrativo sancionador en general.

<sup>7</sup> PRESNO,M.A. “El primer anteproyecto de Ley orgánica para la protección de la Seguridad ciudadana” en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, 2014, pág. 280 y ss. desde una perspectiva más concreta refiriéndose explícitamente a la LPSC.

<sup>8</sup> Según JAKOBS el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: un amplio adelantamiento de la punibilidad dirigido a la inocuización prospectiva del delincuente como fuente de peligro; las penas previstas son desproporcionadamente elevadas si se atiende a la anticipación de las barreras de punición y la relativización e incluso supresión de las garantías procesales. A ella MELIÁ añade, funciones simbólicas de dar respuesta a hechos que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social. Ver JAKOBS,G.-MELIA,C. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, pp. 112, 132.

<sup>9</sup> Según DIEZ RIPOLLÉS,J.L. (“El nuevo modelo penal de la Seguridad ciudadana” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* en <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>) siguiendo a GARLAND,D. *The culture of control*, 2001 considera que las características del derecho penal securitario son la revalorización del componente aflictivo de la pena, el redescubrimiento de la prisión para finalidades inocuizadoras, populismo y politización, sustantividad de los intereses de la víctima, transformación del pensamiento criminológico de la prevención de las causas a la prevención situacional y, en consecuencia, implicación de la Sociedad en la lucha contra la delincuencia.

criminal: el “*derecho sancionador autoritario*” propio no sólo del régimen franquista<sup>10</sup>, sino de los regímenes autoritarios de la primera mitad del S.XX<sup>11</sup>. Este trabajo tendría por objeto, en primer lugar, identificar las características de esta clásica tendencia en las reformas penales de 2015. Ya podemos avanzar que son cuatro: (1) la restricción de los derechos políticos; (2) el desaliento de las movilizaciones ciudadanas; (3) la ampliación de las potestades policiales para reprimir esas movilizaciones y (4) la tendencia a concentrar el poder sancionador en manos del ejecutivo.

Pero, en segundo lugar, y al hilo del propósito anterior, esta investigación también tendrá por objeto profundizar en un objetivo que, pese haber sido ampliamente denunciado, no ha sido todavía desarrollado por la doctrina. A saber, aportar las razones por las que se puede concluir que la apuesta por este “*derecho sancionador autoritario*” puede considerarse inconstitucional.

## **II. DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS A LA TRANQUILIDAD DE LAS CALLES COMO OBJETIVO DEL *IUS PUNIENDI***

### **1. El traslado del núcleo del injusto de la alteración del “orden público” a la alteración de la “paz pública”**

La reforma penal de los delitos contra el orden público desplaza el núcleo del injusto desde el “*orden público*” a la “*paz pública*”. En efecto, aunque el texto anterior venía exigiendo del sujeto responsable que persiguiera el fin de atentar contra la paz pública, la conducta exigía para ser típica un resultado de alteración del orden público<sup>12</sup>. La reforma, por su parte, centra exclusivamente el injusto en la producción de un resultado de alteración de la paz pública, sin ninguna referencia al orden público<sup>13</sup>. Aunque hasta ahora haya pasado desapercibido, el cambio no es accidental. Y aunque el legislador no haya hecho ninguna referencia expresa al motivo y las intenciones de este cambio, es

---

<sup>10</sup> Algún autor ya ha apuntado que “*la reforma recuerda a la legislación de otra época, la franquista*”. Ver GARCÍA RIVAS, N. “Desórdenes públicos” en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur menor, 2015, p. 779.

<sup>11</sup> Coincidimos, por tanto, con CUERDA ARNAU, M<sup>ª</sup>L. “Nos queda la palabra: contra la nueva orientación político-criminal en materia de orden público” en VIVES ANTÓN, T.S. (Dir.) *Crímenes y castigos. Miradas del derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, p. 222 quien considera que la reforma se inspira “*en la vieja relación Estado autoritario-súbdito y eso explica que acabe por sancionarse, penal o administrativamente cualquier acto de rebeldía*”.

<sup>12</sup> El art. 557 ACP sancionaba a “*(...) los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños a 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 (...)*”.

<sup>13</sup> El vigente 557 sanciona a “*quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo (...)*”

evidente que de forma más consciente que inconsciente lleva implícito -como veremos más adelante- una extensión del ámbito de aplicación de este delito. Pero antes es necesario aclarar las diferencias entre estos dos conceptos.

### **Sobre los conceptos de orden público y paz pública en el contexto constitucional**

Pese a la ambigüedad del concepto de orden público, existe en la actualidad un claro consenso en superar su carácter meta jurídico y centrarse en una definición jurídica. Y todavía dentro de ella, el consenso se extiende en proponer una definición distinta para cada rama del ordenamiento jurídico y para cada contexto sistemático. Así, en Derecho constitucional y en el contexto sistemático concreto del artículo 16 CE, se interpreta el concepto en el sentido “ideal” o “amplio”. La expresión gramatical utilizada en él, refiriéndose al “*mantenimiento del orden público protegido por la ley*” como límite al ejercicio de la libertad ideológica obliga a considerarlo como límite deducido del propio sistema jurídico y, dentro de él, de la norma de mayor rango, la Constitución, lo que lo conecta con la idea de orden democrático constituido donde se realiza la máxima tutela de los derechos fundamentales, la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. En cambio, en el contexto jurídico en el que aparece reconocido como límite al derecho de reunión y manifestación, el artículo 21.2 CE, obliga a interpretarlo como más cercano al sentido “material” o “restringido”, como orden en la calle. A ello obliga sus expresiones “*alteración del orden público*”, “*peligro para personas o bienes*” o “*en lugares de tránsito público*”. Aun así, este orden material no deja de ser en el fondo necesario para maximizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida y la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a la propiedad (art. 33 CE), a los que alude la expresión “*peligro para personas y bienes*”. De este modo, el concepto se iría unificando puesto que, aunque el contexto gramatical concreto obligara a entender orden público como una situación de tranquilidad material en los espacios públicos, debería relacionarse con la protección de derechos fundamentales, la dignidad humana y el respeto por los valores superiores del ordenamiento jurídico. De este modo, orden público podría quedar definido como el estado de normalidad, en el sentido de condiciones mínimas imprescindibles, para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Ver BAUCELLS, J. *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, p. 209.

<sup>15</sup> Creo que a estas alturas este concepto unitario de orden público como límite a las libertades del artículo 16 y 21.2 CE es mayoritario entre la doctrina. Ver por todos, FREIXES, T.-REMOTTI, J.C. “La configuración constitucional de la Seguridad ciudadana” en *La Ley de Seguridad ciudadana. Anuario de 1992*, UAB, 1994, p.26; MORALES VILLANUEVA, “Del orden público a la Seguridad. Evolución histórica de un concepto” en *Revista de Estudios Históricos de la*

En la línea de considerar que la tutela del orden público no debe ser sino la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se ha pronunciado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>16</sup> como la del propio Tribunal Constitucional<sup>17</sup>.

### **Sobre los conceptos de orden público y paz pública en el código penal**

Por su parte, el debate sobre el concepto de orden público en el código penal ha venido mediatizado por dos cuestiones distintas. En primer lugar, sobre la función de bien jurídico que debe desarrollar este concepto, sobre todo con su aparición en la rúbrica del Título XXII "*Delitos contra el orden público*". En este debate, la doctrina de forma mayoritaria también ha venido distinguiendo entre un concepto "ideal" de orden público y un concepto "material" de paz pública. Ello tanto desde concepciones amplias de orden público, en que éste puede aparecer como algo más difuso que paz pública, tal es la opinión de GARCÍA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO, que entienden que la paz pública se corresponde en mayor medida con la "*paz y la tranquilidad en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva*"<sup>18</sup>. Pero también desde concepciones más restringidas de orden público, como la de VIVES ANTÓN y CARBONELL quienes afirman que orden público y paz pública tampoco son equivalentes, siendo el orden público el "*funcionamiento regular de la convivencia*", mientras que la paz pública es "*la tranquilidad o quietud, el sosiego o la buena correspondencia de los unos con los otros, opuesta a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden*"<sup>19</sup>.

A partir de esta diferenciación, un importante sector doctrinal ha considerado que sólo el orden público "material" o paz pública considerada como "*tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*" puede ser objeto de tutela penal, apto para cumplir las funciones que al bien jurídico se atribuyen, puesto que el concepto

---

*Guardia civil*, núm. 38, 1987, p. 62; TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup>E. *Los delitos de desórdenes públicos en el código penal español*, 2001, p. 51, 104; PRESNO, M.A. *Ob.cit.*, p. 274-275.

<sup>16</sup> Ver STS de 27 de enero de 1987 afirmando "*tras la Constitución la cláusula del orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades*" o STS, de 20 de enero de 1989 afirmando "*el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades*".

<sup>17</sup> En STC 53/1985 ha afirmado que éstos son "*los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política*".

<sup>18</sup> GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 200.

<sup>19</sup> VIVES ANTÓN, T.-CARBONELL, J.C. *Comentarios al código penal de 1995*, Valencia, 1995, p. 2090. Según TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup>E. *Ob.cit.* p. 69 también reproducen esta diferenciación CARMONA SALGADO, C. *Manual de derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1994, p. 441.

“ideal” es demasiado amplio y difuso<sup>20</sup>. Sin embargo, un bien jurídico así considerado es peligroso en cuanto susceptible de convertirse también en un concepto excesivamente formal.

Por esta razón, me parece más sugerente la opinión de quienes consideran que esos riesgos de desformalización del bien jurídico pueden eliminarse si se considera que el orden público “ideal” constituye la *ratio legis* de estos delitos y, en consecuencia, permite reinterpretar de manera más material el bien jurídico “paz pública” que podría desarrollar la función de bien jurídico. Como muy bien ha resumido TORRES “así, ambos conceptos, lejos de ser opuestos, se convierten en complementarios, pues el mantenimiento del orden público material, la tranquilidad pública, no podrá sobrepasar la barrera del respeto que merecen los derechos fundamentales integrados en el ámbito más amplio del orden público ideal. Es como si el mismo criterio de orden público ideal se constituyese en un límite a la tutela de la tranquilidad pública, cuando ésta pueda suponer la puesta en peligro de derechos fundamentales”<sup>21</sup>.

El orden público vendría a definirse como “*el estado de normalidad necesario para permitir el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Estado que debe regir en los lugares públicos para lograr, de ese modo, la coexistencia de pluralidad de derechos y de titulares*”<sup>22</sup>. Sólo desde esta conceptualización se incorpora la tutela de los derechos fundamentales al concepto de orden público. De esta manera, la protección de los derechos fundamentales se constituye en contenido fundamental del orden público, evitando que el concepto se utilice indiscriminada o arbitrariamente para limitar o impedir el ejercicio de derechos. De este modo se hace compatible con regímenes políticos democráticos, que adoptan la forma de Estado de derecho y lo alejan de concepciones autoritarias, abriendo de esa manera el camino para delimitar el orden público como bien jurídico.

Si variados son los pronunciamientos entre la doctrina, mucho más todavía lo son los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el orden público como bien jurídico<sup>23</sup>. Si bien, alguna jurisprudencia considera como bien jurídico, un orden público en su sentido

---

<sup>20</sup> Puede citarse entre otros a QUERALT JIMENEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*, 1992, p.642; ALBÁCAR LÓPEZ,-MANZANARES SAMANIEGO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 1990, p. 666 o GARCÍA ARÁN,M.-LÓPEZ GARRIDO,D. *Ob.cit.* p. 200.

<sup>21</sup> En España se ha pronunciado en este sentido TORRES, *Ob.cit.* p. 37 en la línea de autores italianos como MOCCIA o DE VERO.

<sup>22</sup> Coincidimos así con la formulación realizada por TORRES FERNÁNDEZ,M<sup>º</sup>E. *Ob.cit.* p. 81.

<sup>23</sup> Destacando la variedad de definiciones de estos conceptos por parte de la jurisprudencia y haciendo una descripción sistemática de las mismas ver TORRES, M<sup>º</sup>E. *Ob.cit.* p.72. También señala la confusión de términos en la que recurre la jurisprudencia DE BARTOLOMÉ,J.C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002, p. 271.



“material” o “paz pública” entendido como “*el ritmo normal de la convivencia ciudadana*”<sup>24</sup> o la “*armonía de la vida social*”<sup>25</sup>, debe reconocerse que con la consolidación de la democracia se ha ido también consolidando un concepto de orden público como el aquí defendido, situando el centro de gravedad de esta paz pública en la coexistencia armoniosa de la pluralidad de derechos y titulares, propia del Estado democrático. Así, entre muchas otras, la STS de 3 de marzo de 1994 considera que “*es la paz pública la afectada con actuaciones de tal índole, perturbando la normal convivencia ciudadana al impedir o dificultar de modo notable el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones por los ciudadanos, en un clima de libertad y respeto mutuo*”.

En segundo lugar, el debate sobre el concepto de orden público en el código penal ha venido mediatizado también porque antes de la reforma el injusto de los desórdenes públicos venía configurado en torno a un resultado típico de “*alteración del orden público*” y un específico elemento subjetivo de perseguir el fin de “*atentar contra la paz pública*”. Ello obligó a la doctrina y jurisprudencia, en consecuencia, a pronunciarse sobre estos dos conceptos.

En un principio se tendió a asimilar los dos conceptos tanto por parte de la doctrina<sup>26</sup> como de la jurisprudencia. Esta última llegó a reconocer que eran “*conceptos que se hacen así equivalentes*”<sup>27</sup>. Sin embargo, la opinión de que se trataba de conceptos distintos fue imponiéndose al advertirse que si paz pública fuera equivalente a orden público, la mención expresa de la finalidad de atentar contra aquella sólo podía servir para excluir la posibilidad de comisión por imprudencia, cuya inviabilidad quedaba ya fuera de toda duda en el sistema de *numerus clausus* previsto en el código penal de 1995. Y al advertirse también que sólo la paz pública podía ser un elemento subjetivo distinto del dolo, si se admitía que paz pública y orden público eran cosas distintas<sup>28</sup>. A partir de ahí, fueron muchas las propuestas de definición entre la doctrina, pero volvió a aparecer la idea de que mientras la alteración del orden público debía serlo en sentido “ideal”, entendido como “*orden de la convivencia ciudadana constitucionalmente caracterizado por el recíproco respeto de las libertades públicas y derechos fundamentales de la persona que son inherentes al Estado de derecho*” que debía

---

<sup>24</sup> STS, de 17 de abril de 1973, de 16 de junio de 1984, de 26 de marzo de 1986, y más recientemente de 10 de diciembre de 1990.

<sup>25</sup> STS, de 28 de noviembre de 1992.

<sup>26</sup> CORDOBA RODA, J. *Comentarios al código penal*, Tomo II, Barcelona, 1976, p. 656.

<sup>27</sup> STS de 26 de octubre de 1981, 6 de noviembre de 1981, 15 de noviembre de 1982, 27 de mayo de 1983, entre otras.

<sup>28</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, 1985, p. 2454, MAPELLI, B.-ASENCIO, H. “La ocupación colectiva de la vía pública” en *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, p. 153.

resultar lesionado por la realización del tipo. Por su parte la finalidad de alterar la paz pública debía interpretarse en sentido “material”, definida como “*tranquilidad y el sosiego de los ciudadanos en la convivencia social*”, no siendo necesario que se llegue a lesionar, sino que basta se dirija a alterarla, con independencia de que se consiga o no<sup>29</sup>. Y así es como acabó también asumiéndose por parte de la jurisprudencia.

A partir de la STC 59/1990, de 29 de marzo en la que expresamente se dice que “*los conceptos de paz pública y de orden público no son los mismos en un sistema autocrático que en un Estado social y democrático de derecho*” se consolida la opinión jurisprudencial que mientras el orden público consiste en asegurar las condiciones de normalidad para el ejercicio de derechos fundamentales, la finalidad de alterar la paz pública se identifica con la idea de “*intranquilizar a las gentes, o a despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego, o a perturbar o impedir el funcionamiento de los servicios públicos, el pacífico y también normal desenvolvimiento de sus cotidianas tareas o de sus ordinarios quehaceres domésticos o comunitarios*”<sup>30</sup>. Al hilo de esta línea jurisprudencial y conectada con ella se excluye la antijuridicidad de la conducta por faltar el elemento subjetivo del injusto en los actos en los que se constate previamente la actitud pacífica de los actantes<sup>31</sup>. Obsérvese que, de este modo, puede haber conductas que alteren el orden público y causen perjuicios en derechos de otros ciudadanos y que, sin embargo, son consideradas atípicas por llevarse a cabo de forma pacífica, es decir, sin alterar la paz pública. Después volveremos sobre ello.

A modo de conclusión, del debate constitucional y penal podemos afirmar dos ideas importantes. En primer lugar, que existe un concepto de orden público amplio o “ideal” identificado con el estado de normalidad necesario para permitir el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y un concepto estricto o “material” que, asimilado con la paz pública se define como la tranquilidad ciudadana que debe regir en la convivencia diaria. En segundo lugar, en la exteriorización de una protesta o manifestación no podrá producirse una alteración del orden público si no se crea una situación de riesgo para personas o bienes, es decir, si no se produce una afectación a algún derecho fundamental<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> POLAINO NAVARRETE, M. en COBO DEL ROSAL, M. *Curso de derecho penal español*, 1997, p. 872.

<sup>30</sup> STS de 5 de julio de 1984, 21 de abril de 1987, 24 de octubre de 1987, 18 de junio de 1990.

<sup>31</sup> STS de 17 de marzo de 1989, 6 de octubre de 1989, 6 de febrero de 1991.

<sup>32</sup> Volveremos ampliamente sobre estas cuestiones *infra* epígrafe 1.2.2. a).

## 2. Consecuencias penales y constitucionales de ese traslado

Como avanzábamos al inicio, la reforma penal centra exclusivamente el injusto de los desórdenes públicos en la producción de un resultado de alteración de la paz pública, sin ninguna referencia al orden público. Es absolutamente criticable que el injusto se desplace de la alteración del orden público a la paz pública. Con ello, el bien jurídico directamente protegido en el delito pasaría a ser la tranquilidad ciudadana que debe regir en la convivencia diaria o, en palabras de VIVES ANTÓN-CARBONELL "*la tranquilidad o quietud, el sosiego o la buena correspondencia de los unos con los otros*". Se observará fácilmente que con ello se vacía el bien jurídico de un contenido material, conectado con el orden constitucional y los derechos y libertades, para acercarse peligrosamente a un concepto de orden público exclusivamente formal propio de estados autoritarios. Sin ir más lejos la Ley franquista 45/1959, de 30 de julio de orden público manejaba un concepto idéntico<sup>33</sup> que permitía considerar como actos contrarios al mismo "*los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores (...) alterasen la paz pública o la convivencia social*" [art. 2.i) LOP]. GONZÁLEZ PEREZ nos recordaba en relación al concepto o fundamento del orden público franquista que "en su concepción tradicional, el orden público era el orden material, la paz y tranquilidad públicas"<sup>34</sup>. De una parte, por abrir la posibilidad de contravenir el orden público mediante cualquier otro acto no previsto en esta ley, y de otra, por introducir conceptos aún más indeterminados que el orden público, como la paz pública y la convivencia social, la LOP acabó siendo el principal instrumento de la represión franquista. No en vano, llegada la transición los pactos de la Moncloa establecieron reformular el concepto de orden público alrededor de los derechos fundamentales<sup>35</sup>.

Pese al silencio de la Exposición de motivos creo -como avanzaba al principio- que el legislador es plenamente consciente de esa sustitución de orden público por paz pública y de su trascendencia. Sobre todo, si analizamos la reforma penal en el contexto político criminal de su aprobación junto a la Ley de protección de la Seguridad ciudadana. De forma paralela a la elaboración del proyecto de reforma penal, se

---

<sup>33</sup> El preámbulo de esta ley decía que la base y fundamento del mismo venían constituidos por el normal desenvolvimiento de las Instituciones así como el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, aunque después en el artículo primero añadía a los fundamentos anteriores el de mantener la "*paz interior*". A partir de esa referencia orden público podía ser cualquier cosa cuando lo que se trataba era defender los principios del régimen. Como ha destacado la doctrina, jamás un concepto había podido tener tantos significados ni había justificado tantas acciones como sucedió durante la dictadura (DE BARTOLOMÉ, J.C. "Un análisis de la evolución de los derechos y libertades desde la transición española hasta nuestros días" en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-10.pdf> [consultado el 16 de junio de 2015])

<sup>34</sup> GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971, p. 34.

<sup>35</sup> DE BARTOLOMÉ, J.C. "Un análisis..." en *Ob.cit.* p. 9 nota 20.

presentaba el proyecto de ley para la protección de la Seguridad ciudadana -norma complementaria a la primera- en cuyo artículo 1.2 se acaba reconociendo que la tutela de la seguridad ciudadana debe hacerse “*mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos*” como conceptos distintos. Mucho más evidente era la versión originaria del anteproyecto en cuyo artículo 7.3 se preveía que todas las autoridades tenían la obligación de colaborar con las autoridades de seguridad pública “*cuando tuvieren conocimiento de hechos que perturben o pudieran perturbar la tranquilidad ciudadana o el pacífico ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos*”. Obsérvese como el concepto de “tranquilidad” se concebía ya en origen como algo distinto, desconectado e incluso opuesto a las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin lugar a dudas, este cambio de referente valorativo es el que ha permitido al legislador (1.2.1) ampliar el ámbito típico de los delitos de desórdenes públicos y (1.2.2) limitar el ejercicio legítimo de las libertades de expresión, manifestación y reunión. En definitiva, -como veremos a continuación- ampliar la criminalización de la protesta hasta límites inconstitucionales.

### *2.1. La ampliación de los tipos penales de desórdenes públicos*

En primer lugar, el anterior artículo 557 permitía que sólo pudieran ser constitutivos de delito los desórdenes públicos en los que se actuara “en grupo”. Su caracterización como delito plurisubjetivo implicaba, en primer lugar, que para la lesión del bien jurídico tutelado fuera necesaria la pluralidad de sujetos activos y la pluralidad de conductas y, en segundo lugar, que existiera una única lesión a un único bien jurídico pese a existir una pluralidad de conductas<sup>36</sup>. Aunque la doctrina no haya prestado atención a esta cuestión, creo que la exigencia legislativa del carácter plurisubjetivo de este delito provenía, precisamente porque es difícil imaginar una alteración del orden público en sentido “*ideal*” a través de una acción cometida exclusivamente por parte de un sujeto. En cambio, es fácil imaginar -como pretende la reforma- que la tranquilidad o quietud de la convivencia ciudadana pueda verse alterada por quien actúe “individualmente” pero amparado en el grupo. El hecho de actuar individualmente no reúne el nivel de injusto suficiente para exigir mayor responsabilidad penal que la exigible por los actos concretos de violencia, intimidación o daños cometidos<sup>37</sup>. En consecuencia, es fácil concluir que el

---

<sup>36</sup> Ver DELL'ANDRO, A. *La fattispecie plurisoggettiva in Diritto penale*, 1956, p. 158-159 citado por TORRES, M<sup>º</sup>E. *Ob.cit.* p. 137.

<sup>37</sup> En ese sentido, BAUCELLS, J. “Desórdenes públicos” en ALVAREZ GARCÍA, F. J. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, p. 960. Tómate en consideración que el artículo 557.1 establece que las penas del desorden “*serán impuestas sin perjuicio de las*

legislador pretende sancionar con penas más altas actos individuales y aislados de violencia cometidos en las manifestaciones y que no eran consideradas desórdenes públicos al no existir el sujeto activo múltiple.

En segundo lugar, considero que el traslado del núcleo del injusto desde el orden público a la paz social es lo que también ha permitido suprimir la redacción del anterior artículo 559. La concepción de orden público como bien jurídico es lo que ha venido permitiendo que el código penal vigente hasta la reforma tipificara en el artículo 559 como delito de desórdenes públicos a *"los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos"*. Es decir, sólo entendiendo el orden público como estado de normalidad para el ejercicio de derechos fundamentales, puede considerarse como desorden público el impedir el ejercicio de los derechos cívicos<sup>38</sup>. Con la reforma desaparece y sólo es considerado delictivo el impedir o perturbar gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación del artículo 514.4, redactado bajo la rúbrica *"De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución"*. Algunos autores ya han apuntado que, en realidad, habría que agravar la pena cuando esas conductas alteradoras del orden público hicieran imposible el ejercicio de esos derechos<sup>39</sup>.

En idéntica perspectiva político-criminal el Anteproyecto de Ley para la protección de la seguridad ciudadana se olvidaba de la previsión incluida en el artículo 16 de la LOSC de 1992 según la cual *"las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana"*. Aunque finalmente la previsión fue recuperada en el artículo 23.1 del texto definitivo de la LSC, en su origen ignoraba que además de la obligación negativa de los poderes públicos de no lesionar el derecho de manifestación, existe también la obligación positiva de contribuir a su efectividad protegiendo a sus participantes de posibles actos violentos de sus oponentes. Así lo ha venido exigiendo el propio TEDH al afirmar que *"los Estados*

---

*que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran causado"*.

<sup>38</sup> Aunque el Tribunal supremo solo haya aplicado este precepto en una sola ocasión relativa al impedimento del derecho al trabajo (STS de 20 de noviembre de 1992), la doctrina unánimemente se inclina por considerar dentro de los derechos cívicos a los efectos del artículo 559 a los derechos fundamentales en su sentido más estricto, y dentro de ellos, sólo aquellos que sirven a la participación del ciudadano en la vida pública, entre los que se enumeran los de sufragio, acceso a las funciones y cargos públicos, petición, reunión, asociación, expresión y huelga. Ver, por todos, TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup>E. *Los delitos...Ob.cit.* 2001, p.253.

<sup>39</sup> DIEZ RIPOLLES, J.L. "Suscintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012" en ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Estudio...Ob.cit.* p. 63.

*parte deben tomar medidas razonables y adecuadas para el desarrollo pacífico de las manifestaciones legales*<sup>40</sup>.

## 2.2. Limitación de formas legítimas de ejercer los derechos políticos

Sin embargo, de todas las consecuencias de trasladar el núcleo del injusto del orden a la paz pública destaca la restricción de las libertades de expresión, manifestación y reunión, constituyendo ésta la primera característica del “*derecho sancionador autoritario*”. Como veremos de inmediato, en las reformas de 2015 se tipifican como delitos o infracciones administrativas nuevas formas de protesta que los jueces penales han venido absolviendo argumentando, precisamente, entre otros motivos, que eran legítimas formas de ejercer la libertad de manifestación, reunión y expresión. Aunque algunos autores ya hayan advertido esta limitación, voy a desarrollar con detalle estos supuestos y argumentar las razones por las que pueden ser considerados inconstitucionales. Con carácter previo, valdría la pena recordar la configuración que, tanto el TC como el TEDH ha venido realizando de estos derechos.

a) La configuración constitucional “preferente” de los derechos de expresión, manifestación y reunión y sus consecuencias para el derecho penal

El reconocimiento de unas libertades públicas inalienables del ciudadano constituye desde la Ilustración uno de los pilares esenciales del Estado de derecho. Ya desde su origen liberal, el derecho a la expresión, manifestación y la reunión se construyeron además como pilar fundamental de la participación política en una sociedad democrática. Desde su origen liberal, este llamado “derecho a la protesta” -que incluye el derecho a expresarse, disentir y manifestarse en contra del poder- se vino a configurar como esencial al Estado democrático y de derecho<sup>41</sup>.

Ello ha supuesto que por parte de los tribunales este derecho a la protesta mereciera una protección especial o “preferente” por su estrecha conexión con el principio democrático<sup>42</sup>. En una línea similar a la jurisprudencia norteamericana, el TEDH y el propio TC también reconocen la posición preferente de derechos como la libertad

---

<sup>40</sup> STEDH asunto Plattform Ärzte für das Leben c. Austria, de 21 de junio de 1988. Así lo ha puesto de manifiesto PRESNO, M.A. *Ob.cit.*, p. 286.

<sup>41</sup> PAINE, T. *Rights of man. Answer to Mr. Burke's attack on the French revolution*, 1791.

<sup>42</sup> ASENS, J.-PISARELLO, G. *La bestia sin bozal. La criminalización de la protesta*, Madrid, 2014, p. 25 han destacado como la jurisprudencia norteamericana desde principios del siglo pasado han venido distinguiendo entre libertades “preferentes” y otras libertades. Su inicio en los casos *Lochner c. Nueva York* (1905) y *Abrams c. Estados Unidos* (1919) se ha visto posteriormente confirmado de forma amplia tras el New Deal de Roosevelt. En 1943 en el caso *Murdoch c. Pennsylvania* se llegó a afirmar que “la libertad de prensa, de expresión y religiosa tenían una posición preferente” en el orden constitucional.

ideológica y de expresión. Sin ellos, sostiene este último, *"quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática"*<sup>43</sup>. En esta construcción jurisprudencial, el derecho a la manifestación aparece como una proyección colectiva de la libertad de expresión y como una pieza básica de una democracia participativa, además de representativa<sup>44</sup>.

La condición de merecimiento de especial o preferente protección por su estrecha conexión con el principio democrático ha tenido hasta cinco consecuencias para su configuración constitucional que condicionará -como veremos a continuación- la resolución de los conflictos que desde su ejercicio se produzcan.

De un lado, la conexión con el principio democrático ha desarrollado la llamada "doctrina del foro público". Esta doctrina, elaborada por la jurisprudencia norteamericana<sup>45</sup>, implica la idea básica que las calles y las plazas, el espacio público, en general, deben considerarse como ágoras, como lugares privilegiados del debate público y democrático. El TC se ha encargado de recordar que *"en una sociedad democrática el espacio público no es sólo un ámbito de circulación, sino también un ámbito de participación"*<sup>46</sup>.

En segundo lugar, la conexión de la protesta con el principio democrático implica que cuando la crítica o protesta lo es contra las autoridades o los poderosos, este derecho goza de mayor protección que la que se realiza contra particulares. *"Los límites de la crítica aceptable -mantuvo el TEDH- son más amplios respecto del gobierno que respecto a un particular"*. Y recordó que *"en un sistema democrático, sus actos han de situarse bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la opinión pública"*<sup>47</sup>. En esta línea, los tribunales holandeses autorizaron la ocupación temporal y con algunas condiciones de una estación de Shell por parte de activistas de Greenpeace, aunque se perturbara la actividad comercial de la empresa, argumentando que *"una compañía como Shell, que está adoptando o planea adoptar acciones socialmente controvertidas, que mucha gente cuestiona, puede y debe aceptar*

---

<sup>43</sup> Así STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 104/1986, de 17 de julio o 20/1990, de 15 de febrero.

<sup>44</sup> Así lo han destacado ASENS,J.-PISARELLO,G. *Ob.cit.* p. 17 refiriéndose a STC 301/2006 de 23 de octubre o STC 236/2007, de 7 de noviembre.

<sup>45</sup> Dicha doctrina se elaboró en torno a los casos Hague c. C.I.O. de 1936 y Schneider c. Nueva Jersey de 1939.

<sup>46</sup> Así, entre otras, STC 301/2006, de 23 de octubre.

<sup>47</sup> STEDH de 9 de junio de 1998, caso Incal c. Turquía, citado por ASENS,J.-PISARELLO,G. *Ob.cit.* p.21.

*manifestaciones molestas dirigidas a hacerle cambiar de opinión, modificar su forma de pensar*<sup>48</sup>.

En tercer lugar, la idea de que merece una protección preferente ha llevado a la práctica a considerar que las autoridades deben ser generosas en la garantía de su ejercicio cuando, quienes lo ejercen, son colectivos o grupos sociales sin poder o capacidad económica para hacer oír su opinión. El propio TC también ha destacado en múltiples sentencias *“el relieve fundamental que este derecho, cauce del principio democrático participativo, posee”* concluyendo que *“para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones”*<sup>49</sup>. Parece en este sentido razonable que quien carece de acceso a televisiones, radio y prensa masivas no está en la misma posición de hacer valer sus críticas que quien posee grandes medios de comunicación<sup>50</sup>. Para muchos grupos sociales, el derecho a manifestarse, a ocupar el espacio público, es uno de los pocos medios de los que disponen para que sus reivindicaciones e ideas puedan ser propuestas en el debate público. Se trataría de proteger al máximo estos derechos para asegurar la existencia de una opinión pública plural, informada, en la que se asegure la circulación de las ideas.

En cuarto lugar, la idea de protección preferente implica que muchas de las acciones que se producían en este espacio público -reparto de panfletos, utilización de megafonía, interrupción de la circulación, instalación de paradas- debían respetarse, tolerarse como una manifestación de participación democrática, pese a las molestias generadas a terceros. El mismo TC español ha considerado que puede suponer la limitación temporal de derechos de terceros, como la libertad de circulación o como el derecho a una vida privada y familiar sin ruidos u otro tipo de perturbaciones<sup>51</sup>. Es más, ante las nuevas formas de protesta, con acciones más imaginarias o de larga duración, el mismo TEDH ha llegado a considerar que una manifestación en defensa del medio ambiente que interrumpió una autopista durante cerca de 30 horas no constituía una restricción desproporcionada a la libre circulación de mercancías<sup>52</sup>. En otras ocasiones, como en el caso Shell -arriba aludido- los tribunales han llegado a afirmar que *“tales*

---

<sup>48</sup> Citada por ASENS, J.-PISARELLO, G. *Ob.cit.* p. 149.

<sup>49</sup> Ver, entre otras, STC 66/1995, de 8 de mayo.

<sup>50</sup> ASENS, J.-PISARELLO, G. *Ob.cit.* p.21.

<sup>51</sup> Especialmente relevante al respecto STC 59/1990, de 29 de marzo en la que se reconoce expresamente que *“naturalmente toda reunión en lugar de tránsito ha de provocar una restricción al derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación, pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el art. 21.2, no legitima por sí sola a la Autoridad a prohibir una reunión pacífica”*.

<sup>52</sup> STEDH de 12 de junio de 2003 caso Eugen Schmidberger c. Austria.



*manifestaciones, para que sean efectivas, deben suponer para Shell algún tipo de perjuicio".*

Por último, al tratarse de libertades preferentes, estrechamente ligadas al principio democrático, no podían ser objeto de limitaciones injustificadas<sup>53</sup>. Ha sido, sin embargo, el TC español el que, a partir de la propia previsión constitucional del derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), ha fijado estos límites legítimos. En esta línea, la STC 59/1990, de 29 de marzo destaca que no es suficiente la alteración del orden público, - como vimos en el apartado anterior- evidenciada en la perturbación del ejercicio de otros derechos, sino que, además, es necesaria *"la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes"*, que se concreta en que *"de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia física o, al menos, moral con alcance intimidatorio para terceros"*. De forma más clara, por parte del TC se vienen exigiendo dos límites al ejercicio del derecho de manifestación: 1) una alteración del orden público evidenciada - como veíamos antes- en la perturbación del ejercicio de algún otro derecho, y 2) la creación de una situación de peligro para la integridad de las personas o sus bienes<sup>54</sup>. En otras palabras, según el TC el requisito de ejercicio legítimo se tendrá por cumplido en la medida en que la manifestación o reunión sea pacífica y en su transcurso no se altere el orden público, evidenciado en la perturbación del ejercicio de algún otro derecho, con peligro para personas o cosas.

Esta configuración constitucional del derecho a la manifestación y la reunión ha tenido importantes consecuencias para la interpretación de los delitos de desórdenes públicos por parte del Tribunal Supremo hasta el punto de que cuando se produce una alteración del orden público derivada de la exteriorización de una protesta, reivindicación o denuncia en la que no se cree una situación de riesgo para personas y bienes, y se pueda deducir su carácter pacífico la conducta no podrá ser considerada delictiva<sup>55</sup>. Nos encontraremos ante una situación en la que quienes así actúan estarán ejerciendo su

---

<sup>53</sup> Como ha advertido el TEDH cualquier restricción debía ir precedida de la existencia de una *"necesidad imperiosa"* y de *"razones convincentes"* (STEDH de 10 de julio de 1998, caso Sidiropoulos c. Grecia).

<sup>54</sup> A parte de la sentencia 59/1990, de 29 de marzo citada en el texto, de la misma opinión STC 36/1982, de 16 de junio, STC 66/1995, de 8 de mayo, STC 301/2006, de 23 de octubre o STC 284/2005, de 7 de noviembre.

<sup>55</sup> Ver una recopilación de esta jurisprudencia en la que se absuelven estos supuestos en TORRES, M<sup>º</sup>E. *Ob.cit.* p. 239. Me interesa en este punto recuperar aquí la argumentación literal utilizada en la STS, de 6 de febrero de 1991: *"Al haberse probado que la conducta de los manifestantes fue pacífica, sin que se hubiese alterado el orden público con peligro para personas y bienes, primero de los requisitos que exige inexcusablemente el art. 21 CE, pues el único derecho que la Constitución protege es el derecho de manifestación "pacífica y sin armas", y, por otra parte, no se ha acreditado que los manifestantes no hubieran anunciado a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación, es necesario concluir que los recurrentes no han tipificado la conducta descrita en el artículo 246 del código penal [desórdenes públicos en la anterior redacción del CP 1973], al ejercitar su derecho fundamental de manifestación"*.

legítimo derecho a la protesta pacífica, lo que conllevará ciertas molestias a los usuarios de los espacios públicos, pero que quedaran dentro de lo tolerable en un Estado democrático y de derecho. Pues bien, la reforma de 2015 ha tipificado como delictivas conductas que amparan el ejercicio de estos derechos dentro de sus límites.

b) La limitación del derecho a la libertad de expresión

La reforma penal de 2015 introduce dos preceptos de nueva configuración en los que, por un lado, se prevén las mismas penas que los autores de los desórdenes públicos del artículo 557.1 CP para los que *“actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”* (art. 557.2 CP). De otro lado, el artículo 559 CP establece que *“la distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”*. Las conductas de “incitación” y “reforzamiento” punen actos de tentativa de inducción masiva y tentativa de complicidad psíquica en los que no es necesario ni ejecución, ni consumación, ni simplemente idoneidad de la participación para hacer surgir en el autor el propósito del desorden.

Como se puede comprobar, estas formas de participación intentada vulneran el principio de ofensividad pues sancionan conductas muy lejanas a la puesta en peligro de bienes jurídicos. Además, en el caso del artículo 557.2 al conminarlas con las mismas penas del autor vulneran el principio de proporcionalidad<sup>56</sup>. Y, en cualquier caso -como nos interesa destacar aquí- criminalizan conductas que en muchas ocasiones constituirán ejercicio legítimo de la libertad de expresión. A efectos del artículo 557.2 bastará que, en medio de una manifestación, un sujeto haga un discurso con un megáfono denunciando, por ejemplo, un veraz exceso de violencia policial en una carga, para que -independientemente de que alguno de los presentes inicie la ejecución de ningún delito- se considere que el discurso era “incitador” al desorden. Como ya ha avanzado algún autor, estos supuestos auguran abusos e inseguridad jurídica<sup>57</sup>.

Obsérvese una vez más como estas reformas se asemejan a la Ley de orden público franquista en cuyo artículo 2 sancionaba como actos contrarios al orden público el *“excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público”*, con la diferencia que

---

<sup>56</sup> DIEZ RIPOLLES, J.L. “Sucintas...” en *Ob.cit.* p. 64 ha afirmado *“como la pena es igual a la del tipo básico, en la practica se castigan indebidamente como inducción conductas preparatorias, y se castiga también indebidamente la complicidad como cooperación necesaria”*.

<sup>57</sup> DIEZ RIPOLLES, J.L. “Sucintas...” en *Ob.cit.* p. 64.

mientras la infracción franquista era administrativa, en la reforma penal de 2015 pasa a ser tipificada como delictiva. En la misma línea, el artículo 248 del código penal franquista también sancionaba como desorden público dar "*gritos provocativos de rebelión o sedición en cualquier reunión o asociación o en lugar público*" u "*ostentar en los mismos sitios lemas o banderas que provocaren directamente la alteración del orden público*". Debe destacarse también que el código franquista preveía menos penas para conductas que, además, exigían como mínimo un acto de provocación, que la reforma penal no exige<sup>58</sup>.

Otro ejemplo lo podíamos encontrar en el Anteproyecto de la LPSC en cuyo artículo 35.12 preveía como infracción "*las ofensas o ultrajes a España, a las comunidades autónomas y entidades locales o a sus instituciones, símbolos, himnos o emblemas, efectuadas por cualquier medio*". Aunque desaparecida en su versión final por considerarse que suponía la restricción de la libertad de expresión en su contenido esencial<sup>59</sup>, la intención de sancionar estas manifestaciones -propias del derecho sancionador autoritario- ha vuelto a resurgir en el gobierno a raíz del pitido al himno nacional en la final de la copa de S.M. el Rey de 2015.

### c) La limitación de las nuevas formas de protesta

En el paquete de reformas legales aprobado durante 2015 para reprimir la protesta aparecen una serie de nuevas infracciones con las que se podrían sancionar supuestos de ejercicio legítimo del derecho a la manifestación y reunión. Si como acabamos de ver, según el TC el requisito de ejercicio legítimo se tendrá por cumplido en la medida en que la manifestación o reunión (1) sea pacífica y (2) en su transcurso no se altere el orden público, evidenciado en la perturbación del ejercicio de algún otro derecho, (3) con peligro para personas o cosas, cualquier intervención del *ius puniendi* para sancionar actos de protesta que suponga ejercicio legítimo de estos derechos debería ser considerada contraria a la Constitución.

En el ámbito del código penal merece ser destacada la incorporación de un nuevo tipo penal en el artículo 557 ter CP: "*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 su*

---

<sup>58</sup> El código penal de 1973 preveía una pena de prisión de 1 mes y un día a 6 meses mientras que la reforma penal de 2015 prevé pena de prisión de 6 meses a 3 años.

<sup>59</sup> Ver referencias a sentencias donde explícitamente las pitadas al himno nacional no merecen reproche penal en REBOLLO,R. "Bases para un interpretación crítica de los delitos de ultrajes a España" en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 115.

*actividad normal*". La conducta tiene el evidente propósito de criminalizar una de las nuevas formas de protesta: las ocupaciones de oficinas bancarias, centros de atención médica amenazados de cierre, escuelas afectadas por recortes, tierras improductivas o centros de trabajo, que se han convertido en tiempos de crisis en espacios de reivindicación y altavoces singulares de la protesta<sup>60</sup>.

Estos casos, que habían venido absolviéndose por parte de los tribunales penales<sup>61</sup>, desde la reforma penal podrán ser sancionados con penas de cárcel. Ello significará que, por ejemplo, el grupo de yoyoflautas que realicen actos de protesta contra la impune responsabilidad de las entidades bancarias en la crisis económica y la consecuente política de austeridad, que consistan en una ocupación esporádica de las oficinas de alguna caja de ahorros rescatada, podrá ser castigado con una pena de prisión de seis a nueve meses o multa de doce a dieciocho meses puesto que concurrirá el tipo agravado de llevarse "a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas"<sup>62</sup>.

Sin embargo, debe observarse cómo este nuevo delito podría llegar a aplicarse a supuestos de un ejercicio legítimo del derecho a la protesta en la medida en que la conducta permite subsumir supuestos de manifestación o reunión (1) pacífica y (2) en el transcurso de la cual no hace falta alterar el orden público, evidenciado en la perturbación del ejercicio de algún otro derecho, (3) ni exigiendo como elemento típico el peligro para personas o cosas. En efecto, la conducta típica puede ser pacífica. El precepto no exige en ningún momento ni violencia, ni intimidación, ni fuerza en las cosas, ni exige como elemento típico el peligro para personas o cosas. Tampoco exige que en la ocupación se vulnere ningún derecho fundamental. El injusto se construye alrededor de la "perturbación relevante de la normal actividad", es decir, de la simple molestia, aspecto que -como vimos- aparece garantizado por el derecho fundamental a la protesta. Sin lugar a dudas, pretender situar como núcleo del injusto la simple perturbación, por muy relevante que se pretenda, de la normal actividad sólo puede concebirse, una vez

---

<sup>60</sup> Sobre las ocupaciones como medio de denuncia y de satisfacción de necesidades, ver ampliamente ASENS, J.-PISARELLO, G. *Ob.cit.* p. 146 y ss.

<sup>61</sup> Ampliamente sobre la imposibilidad de considerar delictivas en el anterior código penal las ocupaciones esporádicas con finalidades distintas a la usurpación, como p.ej. la manifestación me pronuncié en BAUCELLS, J. *La ocupación de inmuebles en el código penal de 1995*, 1997. Estos argumentos son los que llevaron a los jueces penales a archivar el caso de la ocupación de la antigua sede de Banesto en la plaza Cataluña en septiembre de 2010, las ocupaciones de oficinas bancarias realizadas por los "yoyoflautas" o la entrada de "Ecologistas en acción" en la sede central de Caixa Bank desplegando pancartas, entre muchas otras.

<sup>62</sup> El artículo 557 ter establece en su apartado "2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª ó 5ª del artículo 557 bis". Más adelante volveremos sobre esta agravante.

más, desde la consideración de que el bien jurídico no es el orden público democrático sino la paz o tranquilidad del espacio público, propio del derecho autoritario.

En conclusión, el precepto podría llegar a sancionar el núcleo esencial del derecho a la protesta. De hecho, en muchas de las sentencias absolutorias aludidas se argumentaba como razón para la absolución, entre otras cuestiones, que se desarrollaban con una intención de reivindicación sociopolítica y que como tales, sin afectación a otros derechos, ni suponer un peligro para personas o bienes, no podían ser consideradas delito.

Lo mismo puede afirmarse respecto muchas de las infracciones previstas en la nueva LPSC. La doctrina que ha analizado esta ley también advierte la misma tendencia -"casi obsesiva"- a la tipificación de conductas que pueden cobrar protagonismo en el ámbito de la protesta ciudadana<sup>63</sup>. Es considerada infracción grave, por ejemplo, *"la perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidos, celebradas con inobservancia de los requisitos previstos en la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio"* (art. 36.2 LPSC). Sin duda, la infracción va dirigida a sancionar conductas como el "Rodea al Congreso"<sup>64</sup> que, una vez más, hasta el momento habían sido absueltas por los jueces penales, entre otras razones de peso, por considerar que se trataba de modalidades de ejercicio legítimo del derecho a la protesta<sup>65</sup>.

También es considerada infracción grave, *"los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos"* (art. 36.4 LPSC). Se coincidirá que en este caso se puede sancionar protestas como las llevadas a cabo por la PAH para "pretender" impedir los

---

<sup>63</sup> Así la califica ALONSO,A. "El nuevo anteproyecto de Ley orgánica de protección de la Seguridad (*¿ciudadana?*): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación" en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 11.

<sup>64</sup> Ampliamente sobre los detalles de estos actos de protesta ver ASENS,J.-PISARELLO,G. *Ob.cit.* p. 56 y ss. y 87 y ss.

<sup>65</sup> La Audiencia Nacional cerró el caso contra los organizadores por un delito contra las Instituciones del Estado con unos argumentos que por su contundencia reproducimos literalmente: "El hecho de convocar bajo los lemas de rodear (...), exigir un proceso de destitución y ruptura del régimen vigente, mediante la dimisión del gobierno en pleno, disolución de las cortes y de la jefatura del Estado, abolición de la actual Constitución e iniciar un proceso de constitución de un nuevo sistema de organización política, económica o social en modo alguno puede ser constitutivo de delito, ya no solo porque no existe tal delito en nuestra legislación penal, sino porque de existir, atentaría claramente al derecho fundamental de libertad de expresión".

desalojos que, de nuevo, venían siendo absueltas, entre otras razones, por ser consideradas como formas de ejercicio legítimo al derecho a la protesta<sup>66</sup>.

También podríamos citar entre las infracciones leves “*el escalamiento de edificios o monumentos sin autorización*” (art. 37.15 LPSC) o “*la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificios ajenos, o de la vía pública, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente, o la permanencia en ellos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo*” (art. 37.7 LPSC) conductas que permitirían sancionar otras formas de protesta como el despliegue de pancartas en edificios emblemáticos o las acampadas en espacios públicos<sup>67</sup> que, insistimos, hasta el momento aparecían absueltas, entre otras razones, por ser consideradas por los tribunales como molestias que podían constituir formas legítimas de protesta.

d) Sobre la inconstitucionalidad de la paz pública como bien jurídico ajeno a la protección de derechos

Como se sabe, el TC ha identificado los límites materiales del legislador penal básicamente a través de una aplicación muy poco intensa del principio de proporcionalidad. En general, de él se han venido derivando los principios de necesidad de intervención, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Pues bien -en mi opinión- recurrir a un concepto de orden público como sinónimo de tranquilidad en los espacios públicos para legitimar la necesidad de intervención penal, prescindiendo de cualquier referencia al ejercicio de derechos debería ser considerado inconstitucional. En STC 55/1996 se ha llegado a afirmar que “*el prius lógico para la aplicación del principio de proporcionalidad es la precisión del bien jurídico protegido por la norma, que no puede ser constitucionalmente proscrito ni socialmente irrelevante*” (FJ 7). Ahora bien, el TC ha utilizado tan cautelosamente este principio en el control del legislador penal que - hasta donde he alcanzado a ver- en ninguna sentencia lo ha utilizado como límite material. Aunque esta deferencia hacia el legislador penal ha sido, en general, aceptada por la literatura penalista, coincidimos con aquellos autores que vienen reclamando que el TC le otorgue una mayor eficacia, sobre todo, en el contexto de expansión del derecho penal en el que se compromete seriamente el programa garantista liberal y en el

---

<sup>66</sup> Ver, p.ej., Auto del Juzgado de instrucción nº 1 de Torrelavega, de 20 de abril de 2013 o Auto del Juzgado de instrucción nº 4 de Madrid, de 10 de mayo de 2013 comentados por ALONSO, A. “El derecho de reunión y manifestación en tiempos difíciles (a propósito de los escraches y del anteproyecto de reforma penal de 2013) en *Jueces para la democracia, Boletín de la comisión penal*, núm. 3, 2013, p. 4.

<sup>67</sup> Las acampadas del movimiento 15M en la Plaza del Sol de Madrid o la Plaça Catalunya en Barcelona.

contexto de abuso del derecho penal por parte de las mayorías, en el que se renuncia a un debate racional<sup>68</sup>. En este sentido, sería aconsejable que se plantearan recursos de inconstitucionalidad o cuestiones de inconstitucionalidad sobre las normas aludidas para que el TC reconsiderara si la simple tranquilidad en los espacios públicos, desvinculada de la protección de ningún otro interés constitucional o socialmente relevante puede justificar la necesidad de la intervención penal. En mi opinión, creo que es inaceptable convertir a la simple tranquilidad en el espacio público en un valor autónomo y superior digno de ser considerado un bien jurídico<sup>69</sup>.

Hasta la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos, los aplicadores de estas leyes deben considerar que los derechos, para el TC, -tal y como ha recordado FOSSAS recientemente- también han sido reconocidos como límite en otro sentido. No ya como resultado de un complejo juicio que pondera bienes protegidos y derechos sacrificados, sino porque el contenido esencial de estos se erige en un límite infranqueable para el legislador penal. En palabras literales del TC "*a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales*"<sup>70</sup>. En esta línea también se ha pronunciado el TEDH que ha llegado a declarar contrarias al Convenio normas penales por restringir derechos en él reconocidos<sup>71</sup>. Ahora bien, es cierto que las infracciones aludidas no sancionan directamente el contenido esencial de ningún derecho. Todas ellas contemplan en su

---

<sup>68</sup> Recientemente FOSSAS,E. "Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, p. 315 y 330.

<sup>69</sup> Un sector doctrinal ya se ha mostrado contrario a que la simple seguridad pueda jugar el papel de bien jurídico. Ver, MUÑOZ CONDE,F. "El nuevo derecho penal autoritario" en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, p. 803 y ss.; JIMENEZ DIAZ, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, 2006, pp. 18-19 y 23. Tanto más si el bien jurídico lo constituye el orden público. Incluso para aquellos autores que han hecho una propuesta muy elaborada de orden público como bien jurídico autónomo y legítimo se construye sobre un concepto de justicia distributiva en el uso del espacio público que permite asociarlo a la reducción de las posibilidades - o del derecho- de uso (no inaceptable) de dicho espacio por parte de terceros (PAREDES,J.M. "El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)" en LUZÓN PEÑA,D.M. (Dir.) *Derecho penal del Estado social, democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 911 y ss.)

<sup>70</sup> STC 235/2007 en la que se afirma literalmente que "*la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de derecho (a la libertad de expresión), de tal modo que, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana*".

<sup>71</sup> Ver el caso Colombani y otros c. Francia, de 25 de junio de 2002 en el que se declaró que el régimen especial de protección penal previsto para los Jefes de Estado extranjeros atentaba contra la libertad de expresión. También en el caso Otegui c. España, de 15 de marzo de 2011 se entendió que una mayor protección otorgada por una ley especial en materia de ofensas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio.

supuesto de hecho comportamientos que pueden tener lugar fuera de contextos de ejercicio de derechos a la manifestación o reunión<sup>72</sup>.

En cualquier caso, su aplicación a supuestos ejecutados en el ejercicio del derecho a la expresión, manifestación o reunión debería ser considerada directamente inconstitucional<sup>73</sup>. Como ya ha advertido la doctrina, el ejercicio de derechos fundamentales debe ser tomado en consideración para fijar las fronteras de lo injusto. De hecho, hasta la reforma estos supuestos se venían considerando atípicos por faltar el elemento subjetivo del tipo “*fin de atentar contra la paz pública*”<sup>74</sup>. Al desaparecer, esta solución ya no es posible. Y de todas las soluciones dogmáticas posibles<sup>75</sup>, el cauce más adecuado es la exigencia del “ejercicio legítimo de un derecho” (art. 20.7 CP)<sup>76</sup>. Sin embargo, esta solución debe plantearse, superada la fase de instrucción y en un juicio oral. Y es en este punto, precisamente, donde -como desarrollaremos en el próximo epígrafe- se fundamenta el principal problema de constitucionalidad de estas leyes:

### III. EL DESALIENTO DE LA MOVILIZACIÓN CIUDADANA

La reforma penal y de la LPSC al construir nuevos injustos alrededor de nuevas formas de protesta facilita la detención, identificación, procesamiento y enjuiciamiento de supuestos muy cercanos -cuando no subsumibles- al ejercicio legítimo de derechos políticos y con ello, consigue silenciar y acobardar a la sociedad civil movilizada<sup>77</sup>. En

---

<sup>72</sup> Piénsese por ejemplo, en relación al art. 557 ter CP, en el supuesto de un grupo de personas que sin el consentimiento del dueño del bar, entran en el mismo sin consumir, con el único propósito de ver los últimos minutos de un partido de fútbol y que con los gritos de apoyo a su equipo de fútbol, perturban de forma relevante la paz pública, dificultando el acceso de otros clientes en el bar. Es decir, perturbando también de forma relevante su actividad normal. Quizás con este ejemplo se ve muy claro el absurdo al que lleva una protección de la mera tranquilidad como bien jurídico.

<sup>73</sup> Sobre todo si se considera que el control de la justicia constitucional se ejerce de forma más intensa frente a resoluciones judiciales que frente a las disposiciones del legislador en materia penal. Destacando este aspecto FOSSAS, E. *Ob.cit.* p. 313.

<sup>74</sup> Así lo ha destacado GARCÍA RIVAS, N. *Ob.cit.* p. 782 haciendo referencia a STS, de 30 de abril de 1987 y Autos 851/2010, de 28 de julio de la sección 17ª y 1198/2005, de 25 de abril de la sección 5ª ambas de la Audiencia provincial de Madrid

<sup>75</sup> MORALES PRATS, F. “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 36, 1988 fundamenta la absolución en la adecuación social. LOPEZ PELEGRIN, M.C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Valencia, 2000 sostiene que el fundamento debe buscarse en la falta de imputación objetiva en la medida que el sujeto no ha creado un riesgo relevante.

<sup>76</sup> En este sentido se ha pronunciado la doctrina mayoritaria. Ver por todos, CUERDA, M<sup>º</sup>L. *Ob.cit.* págs. 13 y ss. Opinión que es también compartida por los tribunales.

<sup>77</sup> Es unánime esta opinión entre la doctrina que se ha ocupado de analizar ambos textos. En relación a la LPSC se ha afirmado que “*entronca plenamente no con la tutela de nuevos bienes que han de ser protegidas sino con la vieja represión de ciertos movimientos sociales*” (PRESNO, M.A. *Ob.cit.*, p.272). En relación a la reforma penal se ha dicho que “*se orienta hacia un*



términos más jurídicos, de desalentar el ejercicio de la protesta. En ambos textos legales -y más allá de los casos hasta ahora apuntados- aparecen distintas muestras de ello.

#### 1. La agravación de la pena por cometerse el delito con ocasión de una manifestación o reunión

En primer lugar, la reforma penal prevé entre los desórdenes públicos una agravación de la pena para "*cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas*". Así se prevé en el artículo 557 bis 3<sup>a</sup> respecto al tipo básico del artículo 557 implicando una pena de prisión de uno a seis años en lugar de la de prisión de seis meses a tres años. Pero también en el artículo 557 ter 2) para las conductas descritas en el artículo 557 ter 1) implicando una pena de prisión de seis a nueve meses o multa de doce a dieciocho meses. Es la pena prevista para el ejemplo aludido anteriormente de los yayoflautas que se manifiestan en el interior de una oficina bancaria en el que no se entiende porque debe considerarse más grave que el hecho se cometa en el transcurso de una manifestación que por cualquier otro motivo. El hecho de que se agrave la pena por realizarse las conductas "*con ocasión de una manifestación o reunión*" y que se equipare en gravedad a la circunstancia de que alguno de los responsables de la alteración de la paz pública "*portare un arma u otro instrumento peligroso*" merece ser absolutamente criticado. La agravante es incongruente con la debida protección de bienes jurídicos y, una vez más, se explica desde la protección de la "paz pública" del Estado autoritario en lugar del "orden público" democrático. Se ha dicho con razón que "lo correcto sería ser más tolerante con esas conductas perturbadoras del orden público en tales contextos, pues se están ejerciendo derechos fundamentales"<sup>78</sup>.

#### 2. El efecto desaliento del ejercicio del derecho a la manifestación y la reunión

En segundo lugar, también se mueve en esta lógica de desaliento la tipificación como delito o como infracción administrativa de nuevos comportamientos que no sólo afectan directamente al contenido esencial de estos derechos<sup>79</sup> sino también aquellos que sin respetar sus límites suponen casos limítrofes al ejercicio legítimo de estos derechos. Sin embargo, según la "*teoría del efecto desaliento*" también podrían verse lesionadas estas

---

*incremento de la (re)presión penal contra la conflictividad callejera*" (GARCIA RIVAS,N. *Ob.cit.* p. 779).

<sup>78</sup> DIEZ RIPOLLÉS,J.L. "Suscintas..." en *Ob.cit.* p. 63.

<sup>79</sup> Ver *supra* epígrafe 1.2.2. d)

libertades cuando se sancionen conductas ilícitas que se relacionen con su ejercicio en dos supuestos.

a) *Tipificación de conductas de forma excesivamente amplia o vaga*

Como ha recordado la doctrina, el efecto desaliento (*chilling effect*) hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido. Según el Tribunal Supremo norteamericano estas circunstancias incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa el ejercicio del derecho y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*)<sup>80</sup>. Entre nosotros, por ejemplo VIVES ANTÓN considera que carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella<sup>81</sup>. En ese sentido es amplia la tesis de quienes consideran que el desaliento es un problema fundamentalmente de legalidad y no de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería la falta de taxatividad de los tipos la que provocaría el desaliento<sup>82</sup>.

El propio legislador parece ser consciente de ello, al menos en la Exposición de motivos, al reconocer cínicamente la necesidad de huir “*de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros genéricos e indefinidos, justificando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas*”<sup>83</sup>.

b) *Sanción desproporcionada*

---

<sup>80</sup> Así lo ha destacado literalmente, con referencias a bibliografía y jurisprudencia estadounidense, CUERDA ARNAU, M.L. “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento” en *Revista General de Derecho Penal*, 2007, p. 18.

<sup>81</sup> Ver los votos particulares de este magistrado del TC en STC 78/1995, STC 79/1995 y STC 46/1998.

<sup>82</sup> Ver DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “El control de constitucionalidad de las leyes penales” en *Revista de Estudios de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005, p. 97, nota 119.

<sup>83</sup> Así lo recogía literalmente la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley para la protección de la Seguridad ciudadana, aunque -como veremos a continuación- no lo respeta en la redacción del articulado.

Según la *"teoría del efecto desaliento"* también se lesionan las libertades cuando se sancionan desproporcionadamente conductas ilícitas pero relacionadas con su ejercicio. Esta vertiente es la que ha venido reconociéndose por el propio Tribunal Constitucional español quien reiteradamente ha afirmado que el legislador no puede definir normas penales que *"reaccionen desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada"*<sup>84</sup>. En el ámbito europeo el TEDH también ha venido recordando que la vía penal debe usarse con extremadamente moderación para evitar recortar indebidamente los límites de la crítica política<sup>85</sup>. A diferencia del motivo anterior en estos casos el efecto desaliento estaría vinculado con el principio de proporcionalidad.

En definitiva, podrían ser consideradas inconstitucionales las normas penales o administrativas que, sancionando ejercicios ilícitos de derechos puedan desalentar el ejercicio de éstos por (1) sancionar conductas que sean limítrofes con el legítimo ejercicio de derechos o por (2) sancionar a éstas con desproporción manifiesta, ya que de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos a ejercer un derecho constitucional.

Como podrá imaginarse, extremadamente graves son los supuestos en los que convergen indeterminación de los tipos, desproporcionalidad de la sanción y efecto desaliento. Y estos son, precisamente, -como veremos a continuación- algunos de los supuestos previstos en las reformas de 2015.

Sólo para referirnos a algunos ejemplos relativos al código penal de los que ya hemos hablado hasta ahora, piénsese en la tipificación de las conductas de "incitación" o "reforzamiento" de la disposición de llevar a cabo desórdenes, prevista en los artículos 557.2 y 559 CP. Al margen de que en un eventual procedimiento penal se acabara

---

<sup>84</sup> Literalmente STC 88/2003, de 19 de mayo. También se han pronunciado en esta misma línea en orden cronológico STC 199/1987; STC 6/1988; STC 190/1996; STC 37/1998; STC 136/1999; STC 110/2000; STC 127/2004; STC 278/2005, STC 299/2006 o STC 104/2011, de 20 de junio.

<sup>85</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 Caso Castells c. España; STEDH de 8 de julio de 1986 Caso Lingens; STEDH de 22 de febrero de 1989 Caso Barford; STEDH de 9 de junio de 1998 Caso Incal c. Turquía. Más recientemente STEDH de 14 de marzo de 2013 Caso Eon c. Francia.

concluyendo que son conductas amparadas por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, “la vaguedad de esta disposición podría conducir de hecho a que se sancionen las declaraciones u opiniones expresadas antes de los disturbios públicos”<sup>86</sup>. A esta falta de taxatividad para excluir conductas claramente enclavadas en la libertad de expresión, se le une el hecho de que aparezcan conminadas con penas desproporcionadas. Al margen de prever penas de prisión, en el caso del artículo 557.2 las penas de estos actos de participación intentada son las mismas que las previstas para los supuestos de autoría. O imagínense supuestos en los que con motivo de una manifestación se entra en una entidad bancaria creando las molestias que según el TC amparan el derecho a la protesta pero donde es discutible si ha existido o no una perturbación relevante de su actividad. De nuevo, esta falta de taxatividad viene acompañada con penas de prisión de hasta nueve meses.

Estos ejemplos son todavía más claros en la nueva LPSC. Al margen de algunos otros -que por razón de extensión no tenemos la oportunidad de analizar aquí<sup>87</sup>-, sirva como ejemplo paradigmático de esta convergencia de indeterminación, desproporcionalidad de la pena y efecto desaliento la infracción considerada como grave en el artículo 36.1: *“La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal”*.

Obsérvese que en este caso la indeterminación de la conducta es absoluta. Su injusto se construye exclusivamente sobre un resultado tan ambiguo e indeterminado como la

---

<sup>86</sup> Así lo ha destacado el Comisario de Derechos humanos del Consejo de Europa en su informe de 2013 [CommDH(2013)18, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013, p. 40-41 citado por GARCÍA RIVAS, N. *Ob.cit.* p. 785.

<sup>87</sup> Sirva de ejemplo el art. 36.2 *“La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal”*. En él se tipifican expresamente a las reuniones o manifestaciones ante sedes parlamentarias, aunque no estuvieran reunidas, lo que al margen de originar dudas sobre cuál es realmente aquí el interés llamado a protegerse, la sanción de la manifestación se hace depender exclusivamente de que se considere que ha existido una perturbación grave de la seguridad ciudadana (i) [ALONSO, A. “El nuevo anteproyecto...” en *Ob.cit.* p. 6]. O el art. 36.4 *“Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delitos”* que permitiría sancionar las reuniones de protesta ante los deshaucios que simplemente pretendan o deseen, sin conseguirlo, impedirlo sin quedar claro qué tipos de actos deben ser ni si tienen que ser adecuados para impedir el mencionado cumplimiento de resoluciones administrativas [PRESNO, M.A. *Ob.cit.* p. 280].

"*perturbación de la seguridad ciudadana*"<sup>88</sup> en reuniones a las que asistan "*numerosas personas*". De nuevo nos recuerda al código penal franquista en cuyo artículo 246 el injusto del desorden se construía sobre "*la turbación grave del orden*" en "*reunión numerosa*". No se exige ni siquiera la alteración del orden público, ni la lesión o puesta en peligro de ningún bien jurídico. El único elemento delimitador es que "*no sean constitutivas de infracción penal*". Con ello, el legislador está definiendo este artículo como un cajón de sastre al que el poder ejecutivo podrá recurrir para sancionar cualquier manifestación o reunión que no pueda sancionarse en otras infracciones administrativas o no sean constitutivas de infracción penal. Como ha concluido ALONSO estas cláusulas tan abiertas permiten modular -en el sentido más peligroso del término- el derecho a la reunión y manifestación en función de las necesidades de restablecimiento de la "seguridad ciudadana" que se vayan planteando en el caso concreto, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica<sup>89</sup>.

Pero, además, al calificarse como grave estas conductas tienen prevista una multa de 601 a 30.000 euros (art. 39.1). Una consecuencia jurídica que, sin lugar a dudas, es idónea para desalentar la asistencia a reuniones y manifestaciones públicas. Máxime si se tiene en cuenta que la sanción se podrá imponer en su grado medio (de 10.401 a 20.200 €) cuando se acredite la concurrencia, al menos, de una de las siguientes circunstancias: "*a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. b) La realización de los hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación. c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación. d) Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad*". En otras palabras, si en alguna ocasión se sancionara a un ciudadano a través del artículo 36.1 correría el riesgo de que en la próxima que participara en una protesta se le sancionara con una multa mínima de 10.401 €. Sin lugar a dudas una cifra suficientemente intimidatoria para cualquier ciudadano medio. Y ello, insistimos, sin que sea necesario siquiera que se ponga en peligro a personas o bienes.

---

<sup>88</sup> Ya nos hemos manifestado en contra de la insinuación de la "seguridad ciudadana" o de la "tranquilidad" como bien jurídico autónomo y superior supra. Basta añadir en este punto que el concepto legal de "seguridad ciudadana" es tan ambiguo que no permitirá ninguna interpretación teleológica restrictiva. En efecto, el art. 1.2 LPSC la define como "*regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos*". Es decir, puede relacionarse como la simple tranquilidad.

<sup>89</sup> ALONSO, A. "El nuevo..." en *Ob.cit.* p. 8.

La vaguedad de la descripción legal de la conducta en un ámbito tan cercano al lícito ejercicio del derecho a la protesta y con una consecuencia jurídica tan desproporcionada a la gravedad del injusto, agrava el efecto desaliento. Sobre todo, tratándose de infracciones administrativas. Piénsese que en el procedimiento administrativo sancionador la denuncia de los agentes de la autoridad tiene una presunción de veracidad<sup>90</sup>. En el caso de cuestionarse la existencia de esta ambigua “*perturbación de la seguridad ciudadana*” y pretender presentar alegaciones se estaría renunciando a la bonificación del 50%<sup>91</sup>.

En realidad, con el recurso al derecho administrativo sancionador, el poder ejecutivo no sólo gana en márgenes de intervención sino también en intensidad de represión. Aunque entre los criterios de determinación de la pena, el artículo 33.2 LSC considere “*la capacidad económica del infractor*”, las sanciones previstas en esta ley son más duras que las previstas en el código penal. Decir que se acude al derecho administrativo porque es menos aflictivo que el penal, en aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico fraude de etiquetas<sup>92</sup>. Piénsese sólo a modo de ejemplo en el caso de reincidencia apuntado con anterioridad. Por muy indigente que fuera el sancionado, la sanción mínima se situaría ya en 10.401 €.

#### **IV. AMPLIACIÓN DE LAS POTESTADES DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD PÚBLICAS (Y PRIVADAS) PARA FACILITAR LA REPRESIÓN DE LOS ALUDIDOS DERECHOS POLÍTICOS**

Otra de las características de este “derecho penal autoritario” consiste en la ampliación de las potestades de las fuerzas de seguridad para reprimir los derechos políticos. En las reformas del 2015 esto se manifiesta de distintos modos.

##### **1. Ampliación del ámbito típico de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia**

---

<sup>90</sup> El art. 52 LSC dispone que “*En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los denunciados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles*”.

<sup>91</sup> El art. 54.3 LSC dispone que “*Una vez realizado el pago voluntario de la multa dentro del plazo de quince días contados desde el día siguiente al de su notificación, se tendrá por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias: a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa. b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas. c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”.

<sup>92</sup> Así lo ha calificado RANDO,P. “El modelo...” en *Ob.cit.* p. 8.

La primera de ellas consiste en ampliar el ámbito típico de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia facilitando la mayor represión en los episodios de confrontación entre las fuerzas de seguridad y los manifestantes.

Mientras que en el texto anterior las conductas típicas de atentado se construían en torno a las acciones de "acometer", el "empleo de fuerza" o "intimidar gravemente"<sup>93</sup>, la nueva redacción del artículo 550 C.P. exige ahora "acometer" o "agredir"<sup>94</sup>. Tradicionalmente se ha entendido el acometimiento como la acción encaminada a agredir corporalmente al sujeto, o dicho de un modo más preciso, como acción dirigida a la lesión de la vida, la integridad corporal o la salud, la cual podía llevarse a cabo de forma directa (golpes, empujones, etc.) o indirectamente a través del empleo de medios o instrumentos de ataque (disparar, embestir con un vehículo, lanzar piedras, azuzar perros, etc.)<sup>95</sup>. El hecho que ahora, junto a la acción de "acometer" se tipifique expresamente el "agredir" supone una configuración nueva de las conductas de "acometimiento". La nueva redacción permitiría considerar subsumible en el artículo 550 las conductas de dar una simple bofetada a un agente, zarandearlo sin mayores consecuencias, darle en la cara con el bolso y otras de entidad similar que una parte de la doctrina y la jurisprudencia venía considerando no incluibles dentro de un concepto de "acometimiento" entendido como sinónimo de "agresión". Constituyendo injustos tan distintos, no parece conveniente que se incorporen en un mismo marco penológico<sup>96</sup> que puede llegar hasta los cuatro años de prisión en caso de recaer sobre autoridad y tres en los demás casos.

Por otro lado, el texto anterior llevó a la jurisprudencia a considerar la "resistencia activa y grave" típica respecto al artículo 550, mientras que la "resistencia activa no grave" quedaba relegada al tipo del artículo 556, junto a la "resistencia pasiva y grave". Por último, la "resistencia pasiva leve" era considerada una mera falta del artículo 634 C.P.<sup>97</sup>. En la reforma del artículo 550 se sustituye la referencia a "resistencia activa también grave" por "resistencia grave", lo que permitiría subsumir en el artículo 550 -por

---

<sup>93</sup> El anterior art. 550 establecía que "son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas".

<sup>94</sup> El vigente art. 550.1 establece que "son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas"

<sup>95</sup> CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>L. *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, 2003, p. 64.

<sup>96</sup> Así lo ha criticado DE LA CUESTA, P. "Arts. 550 y ss" en ALVAREZ GARCIA, F.J. (Dir.) *Estudio... Ob.cit.* p. 964.

<sup>97</sup> Ver STS 580/2014, de 21 de julio; STS 778/2007, de 9 de octubre o STS 981/2010, de 16 de noviembre citadas por GARCÍA RIVAS, N. "Delitos de atentado..." en *Ob.cit.* p. 770.

tanto con mayor penalidad- la resistencia pasiva grave que hasta ahora se incluía en el tipo atenuado del artículo 556 C.P.<sup>98</sup>. Es cierto que en el contexto gramatical del artículo 550 los jueces deberían considerar que la resistencia exige ser ejecutada con “*intimidación grave o violencia*”, características que sólo pueden ser atribuibles a la activa. En consecuencia, la resistencia pasiva -grave o leve- deberá ser reconducida a la infracción administrativa del artículo 36.6 LPSC. Ahora bien, no es menos cierto que al exigir la violencia, ahora el artículo 550 podrá incluir supuestos de resistencia violenta activa pero no grave como, por ejemplo, el simple forcejeo -común en las resistencias pasivas- y que tanto la doctrina como la jurisprudencia la reconducían al tipo atenuado del artículo 556<sup>99</sup>. Con el precepto, por ejemplo, se podría llegar a considerar típicas respecto al artículo 550 -y, por tanto, con pena más elevada- los forcejeos llevados a cabo en el desalojo del 15M de la Plaça Catalunya realizados por parte de los manifestantes que se oponían pacíficamente al desalojo.

De hecho algún autor ya ha advertido que la rebaja del marco punitivo sería valorado positivamente sino fuera porque “invita a pensar que va a permitir tipificar conductas leves que, hasta ahora quedan ex puertas del Derecho penal”<sup>100</sup>.

Por último, respecto a la desobediencia leve, si bien es cierto que con la desaparición de la falta del artículo 634 C.P. se produce su despenalización, la sanción no mejora con su inclusión como infracción grave en la LPSC (art. 36.6). Y como vimos en su momento, no sólo porque la sanción administrativa prevista es superior a la penal<sup>101</sup>, sino porque el ciudadano deja de contar con la tutela judicial y la imparcialidad de los tribunales penales y queda sometido a la decisión de la Administración<sup>102</sup>. Pero además, la inclusión en el artículo 556 de un párrafo segundo en el que se traslada, ahora como delito, “*la falta de respeto y consideración debida a la autoridad*” -que antes aparecía recogida en el artículo 634-, permitirá, sin duda, que algunos supuestos de desobediencia leve pueda continuar persiguiéndose como delito.

## 2. Arbitrariedad policial en la imposición de sanciones administrativas

---

<sup>98</sup> El riesgo de que se pueda considerar como delito de atentado la resistencia pasiva grave ha sido advertido por GARCÍA RIVAS,N. “Delitos de atentado...” en *Ob.cit.* p. 776.

<sup>99</sup> Así lo ha destacado CUERDA ARNAU,M<sup>º</sup>L. “Arts 550 y ss” en ALVAREZ GARCÍA,F.J. *Estudio...Ob.cit.* p. 959 haciendo referencia a sentencias como STS 1355/2011, de 12 de diciembre.

<sup>100</sup> DE LA CUESTA,P. *Ob.cit.* p. 962.

<sup>101</sup> Este ha sido un argumento recurrente en todos los autores que se han pronunciado sobre la desaparición del libro III. Así, por ejemplo, CUGAT MAURI,M. “La discutible bondad de la supresión del libro III” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, 2014, p.167.

<sup>102</sup> Así se ha pronunciado literalmente GARCÍA RIVAS,N. *Ob.cit.* p. 777



La indeterminación y ambigüedad de las sanciones administrativas de la que hemos ido dando debida cuenta a lo largo del trabajo permitirá que un derecho de por sí ya discrecional -como el administrativo sancionador- pueda aplicarse ahora de forma absolutamente arbitraria, dejando a merced de las autoridades administrativas, esto es, la policía, la elección de contra quienes se dirige y en que supuestos se impone la sanción.

Como se puede imaginar, en una manifestación o reunión no podrá sancionarse a todos y cada uno de los ciudadanos que infrinjan la LPSC. Imagínese, sólo a título de ejemplo, la infracción considerada muy grave del artículo 35.1 LPSC: *"Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o sus inmediaciones"*. Todos los participantes en una manifestación no comunicada por parte de la marea verde ante una escuela o la marea blanca ante un hospital podrán ser potenciales sujetos sancionables con este precepto. Como se puede imaginar, la policía no identificará a todos ellos, sino que podrá elegir discrecionalmente a quien quiera (los líderes de las organizaciones, los reincidentes, etc.). Es más, en la medida que el precepto considera que también pueden ser considerados responsables los *"organizadores o promotores"* y la LPSC propone una definición de tales absolutamente ambigua<sup>103</sup>, se permite a la policía abrir expedientes sancionadores contra cualquier organización con quien pueda asociarse *"los lemas, banderas u otros signos"* que ostenten los participantes o *"por cualquiera otros hechos"*, sin otro límite que de ellos *"pueda determinarse razonablemente"* que son directores de aquellas<sup>104</sup>. La arbitrariedad administrativa y las dificultades para acceder al control judicial de la misma es especialmente grave si se considera que las multas tan elevadas para estos supuestos puede llevar a la liquidación de la organización.

Pero, además, la discrecionalidad también se amplía con la laxa indeterminación de muchas de las infracciones. Baste con recordar la ya aludida infracción grave del artículo 36.1 LPSC que construye el núcleo del injusto sobre los conceptos tan ambiguos de *"perturbación de la seguridad ciudadana"* -sin que haga falta ser considerada de grave- y *"reuniones en las que asistan numerosas personas"*. En su momento ya advertíamos de su insinuación como cajón de sastre para la represión de las manifestaciones o reuniones puesto que la única limitación típica es *"que no sean constitutivas de infracción"*

---

<sup>103</sup> *"A los efectos de esta Ley se consideraran organizadores o promotores de las reuniones (...) quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difunda, por los lemas, banderas y otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas"* (art. 30 LPSC).

<sup>104</sup> ¿Puede atribuirse razonablemente el lema *"si se puede"* a Podemos?, ¿Puede determinarse razonablemente una bandera anarquista a la CNT?, ¿y una estelada a las CUP?.

*penal*". De nuevo, la indeterminación nos recuerda a la LOP franquista en la que se preveía otro cajón de sastre represivo con el siguiente contenido: "Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social" (art.2 i).

Y ese es otro de los principales problemas de constitucionalidad de las reformas de 2015: la falta de delimitación de las infracciones y la inseguridad jurídica que provoca. El TC ha afirmado que "la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...), provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvable respecto a la previsibilidad de cual sea el derecho aplicable"<sup>105</sup>. De las 44 infracciones previstas en la LPSC hay hasta 18 en las que el legislador es consciente de la falta de delimitación entre infracción penal y administrativa porque se prevé que la conducta sea sancionable "salvo que no sean constitutivas de infracción penal". Pero el listado de infracciones de las que el legislador no ha sido consciente y que permiten su solapamiento con delitos es mucho más elevado. A pesar de la interdicción del *ne bis in idem*, esta situación facilitará, sin lugar a dudas, que la Administración acabe arrogándose la sanción de muchas de estas conductas. Como mínimo así lo demuestra la experiencia del ejercicio del *ius puniendi* en los últimos años<sup>106</sup>.

Los riesgos de que esta arbitrariedad sea utilizada como instrumento de represión y desaliento de la movilización política son muy elevados sobre todo, si tenemos en cuenta que en el caso de las infracciones muy graves la sanción administrativa pueden ir de los 30.0001 a los 600.000 euros y en el caso de las graves de 601 a 30.000 euros. Tan manifiestamente elevadas respecto a las previstas en el derecho penal que, en el supuesto que la Administración sancionara vulnerando el principio de prevalencia, la jurisdicción penal no podrá remediar el exceso punitivo con la solución propuesta por el TC, esto es, compensando la cantidad satisfecha en vía administrativa.

### **3. Recurso a la seguridad privada para reforzar la represión pública**

---

<sup>105</sup> STC 46/1990, de 15 de marzo.

<sup>106</sup> Nos referimos al amplio número de supuestos donde la Administración no ha respetado el principio de prevalencia de la jurisdicción penal y que han llegado al Tribunal constitucional en vía recurso de amparo por vulneración del artículo 25.1 CE. Entre otras y con soluciones radicalmente opuestas ver STC 177/1999, de 11 de octubre y STC 2/2003, de 16 de enero.

Otra manifestación de esa voluntad de reforzar la represión de los derechos políticos es la mejora de la coordinación entre las diferentes instancias de persecución punitiva y gestión del orden público, y el desarrollo de modos de colaboración entre instancias públicas y entidades privadas<sup>107</sup>. De hecho, la introducción de estas "prácticas de naturaleza gerencial" -propias del llamado "*Derecho penal de la seguridad*"- es una de las razones que llevado a algún sector doctrinal a considerar las reformas de 2015 como encuadradas en ese marco teórico. Sin embargo, en mi opinión el recurso a la seguridad privada, más allá de ser una característica de absolutamente todo el derecho penal neoliberal<sup>108</sup>, en el caso de las reformas de 2015 son una expresión clásica del "Derecho sancionador autoritario". En efecto, la colaboración con grupos privados era una característica del derecho sancionador autoritario franquista. En la presentación del Proyecto de LOP por el Ministro de la Gobernación se reconocía que "*al propio tiempo se permite, en función de la gravedad y la extensión de las crisis que el orden padezca, el que se pueda requerir la colaboración de cuantos Organismos de vigilancia y seguridad nacionales, provinciales, municipales o paraestatales que contribuyen ordinariamente a mantenerlo. En tan fundamental cometido no podían olvidarse las tradicionales agrupaciones representativas del espíritu cívico, que, como el Somatén se mantuvieron tan vivas en la región catalana, y que la legislación vigente permite extender y constituir en todo el territorio nacional*"<sup>109</sup>. La diferencia era que mientras antes era excepcional, ahora la colaboración es sistemática.

---

<sup>107</sup> Al margen del refuerzo que para ese protagonismo en el orden público ha tenido la reciente aprobación de la *Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad privada*, el artículo 7.3 LPSC establece que "*las empresas de Seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de Seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de Seguridad privada*". El artículo 25 LPSC por su parte establece que "*las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de hospedaje, transporte de personas, acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público, comercio o reparación de objetos usados, alquiler o desguace de vehículos de motor, compraventa de joyas y metales, ya sean preciosos o no, objetos u obras de arte, cerrajería de seguridad, centros gestores de residuos metálicos, establecimientos de comercio al por mayor de chatarra o productos de desecho, o de venta de productos químicos peligrosos a particulares, quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables*".

<sup>108</sup> BRANDARIZ, J.A. "¿Una teleología de la Seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas" en PRESNO, M.A. (coord.) *Fundamentos, núm. 8, La metamorfosis del Estado y del derecho*, Oviedo, 2014, refiriéndose a la creciente preocupación neoliberal por el gasto público, que ha determinado que los costes del sistema penal comiencen a aparecer como una variable capital en el diseño de las políticas de prevención y control.

<sup>109</sup> BOCE., sesión de 28 de julio de 1959, p. 13223 citado por DE BARTOLOMÉ, J.C. "Un análisis de la evolución de los derechos y las libertades desde la transición hasta nuestros días" en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-10.pdf> [consultado el 11 de junio de 2015]

Las reformas de 2015 también han ido más allá del derecho autoritario franquista al equiparar como sujetos pasivos de los atentados, resistencia y desobediencia a los funcionarios con el “*personal de la seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades (...) en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*” (art. 554 y 556 C.P.)<sup>110</sup>.

#### **4. Obstaculización de la persecución de abusos policiales en la represión de las protestas**

La ampliación de las potestades de las fuerzas de seguridad para facilitar la represión de los aludidos derechos políticos culmina con la tolerancia administrativa de los abusos policiales. Organismos internacionales del prestigio de Amnistía internacional, Naciones Unidas o la misma Comisión europea no sólo han denunciado numerosos abusos policiales en la represión de la protesta en España consistentes en el uso excesivo de la fuerza por parte de los antidisturbios, la práctica de detenciones ilegales y el uso de fuerza física y, en algunas ocasiones tortura, sobre los detenidos<sup>111</sup>, sino que han denunciado la impunidad y falta de persecución de esos abusos<sup>112</sup>.

En este contexto, en las reformas de 2015 nada se prevé para asegurar la identificación de los agentes que eventualmente puedan cometer esos abusos. Las reformas del 2015 sancionan el hecho de manifestarse con el rostro cubierto<sup>113</sup> mientras que nada prevén sobre la reivindicada necesidad de que los agentes antidisturbios

---

<sup>110</sup> También se ha mostrado crítica con esta equiparación punitiva CUERDA, M.L.-OLLOQUIEGUI-DE LA CUESTA, M.P. “Arts. 550 y ss” en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Estudio... Ob.cit.* p. 960.

<sup>111</sup> Ver las referencias de estos informes en nota núm. 2. Documentando detalladamente el incremento de las denuncias por maltrato policial durante los años 2011 y 2012 ver el informe del OSPDH “*Criminalización de la disidencia, expansión del derecho penal y situaciones de abuso policial como respuesta ante la situación de crisis económica en Catalunya*”, 2012 en [http://www.ub.edu/grecs/wp-content/uploads/2012/06/INFORME-cast\\_6juny.pdf](http://www.ub.edu/grecs/wp-content/uploads/2012/06/INFORME-cast_6juny.pdf) [consultado, 15 de junio de 2015] o CPDT, “La tortura en el Estado español. Informe 2012” en <http://www.prevenciontortura.org/wp-content/uploads/2013/05/INFORME-CPT-2012-final.pdf> [consultado, 15 de junio de 2015].

<sup>112</sup> Ver el informe de Amnistía Internacional, *Sal en la herida, la impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y malos tratos*, Madrid, 2007; Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Spain from 3 to 7 June 2013 en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2389885&SecMode=1&DocId=2077824&Usage=2> , pp. 19 y ss. [consultado 15 de junio de 2015]

<sup>113</sup> El artículo 557 bis C.P. estableciendo penas de 1 a 6 años de cárcel cuando concurra en el desorden la circunstancia agravante de “ocultar el rostro” y el artículo 33 LPSC estableciendo como agravante que en la comisión de cualquier infracción, aunque sea leve, se esté “*usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro*”.

cumplan taxativamente la legalidad y aparezcan debidamente identificados<sup>114</sup>, aspecto que a menudo se incumple en la práctica<sup>115</sup>. Cabe preguntarse qué se opone a que semejante garantía de publicidad se refuerce también en relación con aquéllos que utilizan el monopolio de la violencia estatal<sup>116</sup>. La asimetría entre la obligación de identificarse exigida a la ciudadanía y el privilegio del anonimato reservado a la policía es otra manifestación del "Derecho sancionador autoritario".

Como colofón de esta cultura de impunidad, la LPSC sanciona "*el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*", cuando sobre todo el uso de estas imágenes se ha mostrado tan relevante para asegurar la condena judicial de casos de abusos. Aunque el anteproyecto fuera más lejos<sup>117</sup>, la redacción vigente con su alusión al ambiguo límite que "*pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes*" y con los obstáculos para acceder a la tutela judicial por la mala aplicación del precepto por parte de la Administración, puede acabar suponiendo una limitación no justificada del derecho a la información o tener un efecto desaliento sobre el ejercicio del mismo.

En nuestra opinión, el precepto es inconstitucional pues cabe recordar que el TC en supuestos de publicación de imágenes de policías para denunciar abusos ha considerado que el derecho a la imagen del policía debía ceder ante el derecho del periodista a difundir libremente la información veraz si era captada en un lugar público, en el ejercicio de su cargo y, por lo que aquí interesa, concluyó que no existían "*razones de seguridad*" que justificaran ocultar el rostro del funcionario policial<sup>118</sup>.

## V. CONCENTRACIÓN DEL PODER SANCIONADOR EN EL EJECUTIVO

Todos los regímenes autoritarios de la mitad del S.XX se han venido caracterizando por la concentración del poder en manos del ejecutivo. También el régimen franquista

---

<sup>114</sup> La normativa es taxativa sobre la obligación de identificación. Ver Ley 30/1992, de 26 de noviembre sobre el Régimen jurídico de las administraciones públicas; la Ley 2/1986, de 13 de marzo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el art. 8 de la L.O. 4/2010, de 20 de mayo del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, entre otras.

<sup>115</sup> Especialmente crítico al respecto PRECIADO,C. "Anteproyecto de Ley de represión ciudadana. Comentario de urgencia y tablas comparativas" en *Jueces para la Democracia*, Boletín de la comisión penal, núm. 5, 2013, pp. 6 y 21 y ss.

<sup>116</sup> Así lo hace ALONSO,A. "El nuevo anteproyecto..." en *Ob.cit.* p. 9 nota 24.

<sup>117</sup> Se decía "*que atente contra su derecho al honor, intimidad o a la propia imagen*". El precepto fue criticado por los informes del CGPJ y el Consejo fiscal.

<sup>118</sup> Ver STC 72/2007 de 16 de abril sobre la previsión del artículo 8.2 Ley en el que se prevé "*que el derecho a la imagen no impedirá: (...) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*", citada por ASENS,J.-PISARELLO,G. *Ob.cit.* p. 107-108.

establecía en el artículo 1 del Decreto de la Junta de Defensa Nacional, de 29 de septiembre de 1936 que "*en cumplimiento de acuerdo adoptado por la Junta de Defensa Nacional, se nombra Jefe del Gobierno del Estado Español al Excmo. Sr. General de División don Francisco Franco Bahamonde, quién asumirá todos los poderes del nuevo Estado*".

A lo largo de este trabajo ya se han dado sobradas muestras de cómo la LPSC se arroga para el Ejecutivo la capacidad de sancionar todas aquellas conductas que quiera considerar contrarias a la seguridad ciudadana y que los jueces penales no hayan considerado constitutivas de delito. Y eso -como vimos- lo hace de tres formas: (1) tipificando como infracciones nuevas formas de protesta que los tribunales habían considerado formas legítimas de ejercer el derecho a la expresión y la manifestación; (2) lo hace también tipificando como infracciones administrativas conductas ya aparecen como delictivas pero, con la salvaguarda de poder sancionarlas si los jueces consideran "que no constituyen delito" y (3) con la previsión de un precepto, el artículo 36.1 que -en la línea de la LOP franquista- funciona como tipo de recogida para sancionar cualquier conducta que el Ministerio del interior considere "perturbación de la seguridad ciudadana". Además -y no quiero insistir más en ello- para obstaculizar el control judicial de este arbitrario *ius puniendi*, el súbdito debe disponer de la suficiente capacidad económica para permitirse la pérdida de la nada desdeñable bonificación del cincuenta por ciento en sanciones que pueden alcanzar los miles de euros.

Para finalizar, debe destacarse como el recurso sistemático por parte del ejecutivo al indulto de policías condenados por excesos y la sanción del uso no autorizado de imágenes de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado son otras buenas muestras de esa voluntad de evitar el control del poder sancionador del ejecutivo por parte del poder judicial.