

Rebelión ciudadana y Derecho penal. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos.

Guillermo Portilla Contreras
Catedrático Derecho Penal. Universidad de Jaén.

I. Introducción. II. Seguridad ciudadana, orden público, seguridad pública, tranquilidad ciudadana. III. Proceso de identificación de infractores no identificables. IV. Limitación o restricción de la circulación o permanencia y controles policiales. V. Comprobaciones de personas y vehículos. VI. Registros corporales. VII. La conversión del derecho de reunión y manifestación en ilícito. VIII. Sedición, desórdenes públicos, resistencias, atentados como figuras disuasorias del ejercicio de derechos. IX. Análisis penal del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. X. ¿Supuso la propuesta del 15-M: “*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*” un exceso grave del ejercicio del derecho de reunión y manifestación?

I. Introducción.

Las últimas reformas del Código penal en materia de atentado, resistencia activa y pasiva a la autoridad, desobediencia y desórdenes públicos (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) más las que conciernen a la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad ciudadana (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –LOPSC-), privación, limitación y restricción de libertad sin garantías constitucionales, conversión en la práctica del derecho de reunión y manifestación en un comportamiento ilícito, desproporción absoluta de sanciones administrativas, etc, representan una ofensiva ideológica de la derecha radical con el objetivo de proteger su antiliberalismo económico y político a través de la supresión de libertades individuales¹. La finalidad no es otra que silenciar el movimiento multitudinario de protesta y desobediencia civil que surge como consecuencia de la imparable crisis del capitalismo.

La calle, posiblemente uno de los escasos lugares donde la ciudadanía se reivindica, donde puede expresar su opinión, se transmuta en centro del control sobre la peligrosidad. Deambular, reunirse o manifestarse exigiendo derechos ha adquirido el formato de estado peligroso. Sin embargo, ante la imposibilidad de recurrir a medidas de seguridad predelictuales, por su inconstitucionalidad, el legislador ha optado por transformar el ejercicio de derechos fundamentales en ilícitos penales y/o administrativos (burorepresión). Frente a estos nuevos (viejos) peligros, como ya ocurrió con los mendigos y pobres que pasaron de ser eliminados físicamente a ser controlados en los siglos XVII y XVIII, del derecho de muerte se pasó al poder sobre la vida, la biopolítica a la que se refiere Foucault, de la neutralización violenta a la regulación productiva. Igual que entonces, lo que se propone ahora es el control de la peligrosidad, el aislamiento de determinados sujetos a través, esencialmente, de penas y sanciones administrativas. El objetivo del

¹ Cfr. JEAN-YVES CAMUS, Extremas derechas cambiantes en Europa, *Le Monde diplomatique*, marzo, 2014, p. 20

capitalismo biopolítico no es otro que acabar con la rebelión ciudadana, con la protesta que demanda derechos económicos y sociales².

En realidad, la progresiva desaparición del Estado Social de Derecho, la situación de excepcionalidad decretada por el mercado privando a los ciudadanos del derecho a decidir y a los Estados del principio de soberanía, por las exigencias del Banco Central europeo, la Comisión y el Fondo Monetario Internacional, ha culminado con una suspensión generalizada de los derechos económicos, sociales, sindicales, laborales, etc. Al fin de contrarrestar la ofensiva de los poderes financieros emergen nuevos sujetos históricos y resucitan otros clásicos: disidentes, indignados, desobedientes, estudiantes, pensionistas, trabajadores, desocupados, inmigrantes³. En definitiva, en la terminología de LUHMANN, los autoexpulsados del contrato social y los excluidos o potencialmente excluidos de la organización formal⁴ son los que reclaman desde escenarios públicos que se respeten los derechos constitucionales.

Hay que recordar cómo durante el franquismo el ejercicio de determinados derechos llegó a convertirse en delito: no se reconocían los derechos de manifestación, reunión, sindicación, asociación, huelga, al contrario, su práctica era delictiva. De igual modo, a través del desacato, el atentado, la resistencia a la autoridad, las propagandas ilegales, los desórdenes públicos, se sancionaba a los que pretendían subvertir la organización política (dictadura) social económica o jurídica del Estado, relajar el sentimiento nacional, atacar a la unidad de la nación española, perjudicar el crédito o la dignidad de España. Ahora asistimos nuevamente al retorno de la censura a través de la reforma de los delitos de atentado, resistencia, contra el orden público, y la “nueva” LOPSC, que convierte en impracticable, entre otros, derechos como los de reunión y manifestación.

Cierto es que el Estado se enfrenta a nuevas formas del ejercicio de la protesta: al clásico poder sindical patentizado en la convocatoria de huelgas generales, o a la organización en la lucha por los derechos de partidos de izquierda, hay que sumar hoy la aparición de modelos de resistencia muy similares en estrategia a los movimientos del Mayo del 68, lo que BADIOU denomina “las características invariantes del comunismo en tanto que movimiento”⁵.

Sin embargo, las estrategias empleadas por Juventud Sin Futuro, en la calle y en redes sociales, por la plataforma Democracia Real Ya, el 15 de mayo de 2011, el 15-M, las propuestas de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca⁶, están concretamente en deuda con los movimientos antiglobalización, sus métodos asamblearios, trabajos en redes, crítica a las

² NEGRI, A, sugiere que “...cuanto más firme sea la resistencia, más feroz será el intento de restauración del poder -por el Estado (en tanto que órgano del capital)-, y más decisivo el recurso a la violencia”. Cfr. Una política de lo común. Del fin de las izquierdas nacionales a los movimientos subversivos en Europa. En El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy. *Errata naturae*, Madrid, 2013, p. 88.

³ Sobre los grupos que componen los movimientos de protesta, CASTELLS M, Redes de indignación y esperanza. Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 126.

⁴ Cfr. MONEREO, M, De la Crisis a la Revolución Democrática. El viejo Topo, 2013, pp.67-68.

⁵ BADIOU, A, La Impotencia contemporánea. En El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy. *Errata naturae*, Madrid, 2013, p. 191,

⁶ PISARELLO G/ASENS, J, La Bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta, Catarata, Madrid, 2014, pp.22, 36, 37.

formas del ejercicio del poder⁷. Este movimiento de movimientos (un concepto quizá más correcto que el de movimiento antiglobalización) fue un conglomerado de grupos de izquierda, de organizaciones no gubernamentales, sindicatos, etc, que “surgen” en las manifestaciones de Seattle en 1999 y continúan posteriormente en Praga, Porto Alegre, Gotemburgo, Barcelona, Génova⁸, con una finalidad esencial, la resistencia frente a la globalización capitalista neoliberal, siendo indiferente el concreto sector ideológico al que pertenecían o el ámbito de su lucha: ecologista, feminista, anticapitalista. La herencia de estas redes de movimientos la encontramos en las concentraciones contra los desahucios, la ocupación pacífica del domicilio de personas jurídicas, las formas no convencionales de huelga, la lucha por un nuevo modelo constitucional, nuevos derechos, la renta básica, el rechazo de la deuda, la libertad de fronteras, la persecución de cualquier forma de esclavitud como el trabajo servil, en definitiva, la búsqueda de una sociedad igualitaria y libre, etc.

Como era de esperar, las maniobras empleadas en la consecución de aquellos objetivos: bloqueo de viviendas pendientes de desahucios, protección de inmigrantes irregulares, técnicas de desobediencia civil, concentraciones y manifestaciones ante residencias de políticos, bancos, Organismos internacionales, Parlamentos, etc⁹, han generado la reacción del Leviatán. Se ha intuido el peligro que representan estos grupos como altavoces de las reclamaciones de los colectivos más vulnerables y la réplica institucional ha sido inmediata: reforma del Código penal y aprobación de una nueva LOPSC con la finalidad de otorgar un poder omnímodo a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (incluyendo a la seguridad privada) - la fuerza de ley de la que hablaba W BENJAMIN-, transformando en ilícitas cada una de las legítimas conductas de los movimientos de desobediencia civil.

II. Seguridad ciudadana, orden público, seguridad pública, tranquilidad ciudadana.

El mejor ejemplo de la represión administrativa que sufren los movimientos de desobediencia civil ha sido y será la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) en su versión de 1992 y en la actual de 4/2015, de 30 de marzo. En la misma se supedita el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a la protección de un bien jurídico autónomo, abstracto e inabarcable como la “seguridad ciudadana”, definida como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la “tranquilidad ciudadana”.

Si se asimila el concepto de seguridad ciudadana, contemplado en el artículo 104.1 de la Constitución, a los de orden público¹⁰-, seguridad y tranquili-

⁷ Cfr. BOTEY J. Movimientos sociales y globalización. En La batalla de Génova. El viejo topo. 2001, p. 31.

⁸ Cfr. COLOM JAÉN, A. Apuntes sobre el orden global neoliberal al alba del siglo XXI. En La batalla de Génova. El viejo topo. 2001, p. 35.

⁹ Sobre la composición de los movimientos de protesta, CASTELLS M, Redes de indignación y esperanza. Alianza editorial, Madrid, 2015, p.143.

¹⁰ Interpretado en un sentido material estricto como "orden exterior o tranquilidad en una comunidad", ha sido defendido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del código penal", en Cuadernos de Política Criminal.n.1.197, .pp.133-134; IZU BELLOSO,

dad pública de los artículos 149.1. 29 de la CE y 11.1, e) de la LOFCS, la conclusión es que se ha ampliado el ámbito de actuación policial no sólo a aquellos casos caracterizados por la presencia de indicios racionales de criminalidad, sino también a supuestos en los que no se sospecha que el autor de la acción ha cometido un ilícito penal sino que ha alterado o puede llegar a alterar un valor etéreo, difuso, sin carácter penal como la tranquilidad ciudadana. De este modo, se disfraza el concepto de orden público (tranquilidad pública) bajo los términos seguridad y tranquilidad ciudadana protegido a través de figuras de peligro abstracto. En este modelo, el ejercicio de las libertades se concibe como una alteración de la normal actividad del Estado sin que interese la protección de las condiciones esenciales en las que puedan ejercerse libremente los derechos fundamentales (paz pública). Denominan "seguridad ciudadana" a lo que no es más que el retorno de la "seguridad del Estado".

La creación artificial de ese bien jurídico permite la intervención de Fuerzas y Cuerpos de seguridad (art. 4.3), y de las empresas de seguridad, despachos de detectives y personal de seguridad privada¹¹ -que tienen el deber de colaborar y auxiliar a las FCS en el ejercicio de sus funciones (art. 7.3 LOPSC y arts. 8.2, 14.2, 30, h) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada que posibilita la privación de libertad en caso de indicios de delito), no sólo ante un comportamiento lesivo o peligroso para los derechos de los ciudadanos (personas y bienes) o las instituciones públicas sino cuando se genera un peligro potencial para la tranquilidad pública... "por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana...." (art.4.3).

Otra de las funestas consecuencias de adoptar el concepto de seguridad ciudadana como bien jurídico autónomo en materia de privación de libertad es que se amplía el espectro de opciones de las FCS y, por ende, del personal de seguridad!!!!¹² En primer lugar, se impone por vez primera en nuestra legislación el deber de exhibir el DNI cuando el ciudadano sea

"Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", en Rvta de Derecho Administrativo.n.58.1988, p.234; LOPEZ-NIETO Y MALLO, Seguridad ciudadana y orden público.-Madrid,1992, p.18.

¹¹ El artículo 31 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, les otorga la condición de agentes de la autoridad siempre que colaboren con las FCS.

¹² El art. 32 de la Ley de Seguridad privada permite a los vigilantes de seguridad la protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión; efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección; en relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.

requerido (art. 9). Necesariamente hay que colegir que el funcionario podrá solicitar el carné siempre que se encuentre desempeñando funciones de seguridad, esto es, en supuestos de prevención de delitos o de sanción de infracciones administrativas. De ningún modo está capacitado para realizar tal petición si carece de indicios que le permitan llegar a la convicción de que el sujeto ha podido participar en un delito o en la ejecución de una infracción administrativa.

III. Proceso de identificación de infractores no identificables.

Los supuestos de identificación de personas están regulados en el artículo 16 de la LOPSC y contradice varios preceptos constitucionales: artículo 9.3, artículo 25.3, artículo 17 CE. Junto a los casos de privación de libertad por la presencia de indicios de que el sujeto puede en el futuro participar en la comisión de un delito o ha cometido una infracción administrativa, se añade ahora la identificación de persona con el rostro embozado (art. 16.1) –sólo cuando este último se halle en alguna de las dos situaciones anteriores: posible comisión de delito o realización de una infracción administrativa-. De adoptarse una interpretación más flexible: identificación automática de una persona embozada por tener el rostro parcialmente cubierto, se estaría justificando una detención ilegal, selectiva y discriminatoria –contraria al artículo 16.1, que prohíbe expresamente la discriminación basada en cualquier condición personal o social- al configurarse una tercera vía (derecho de autor) en materia de privación de libertad. De hecho, esta figura es contraria a las previsiones de la actual Ley de Enjuiciamiento criminal e inconstitucional ya que permite restringir los movimientos, sin las garantías de artículo 17 de la CE, de aquél sobre el no recaen indicios objetivos de que pueda llegar a participar en la realización de ilícitos penales o administrativos. En ese sentido, la LOPSC se asemeja cada vez más a las previsiones de la Ley de Orden público de 1959 -derogada por la Ley de Protección ciudadana 1/1992 de 21 de febrero- que reguló tres clases de detención: la efectuada por cometer o intentar cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, la basada en la desobediencia a las órdenes dadas directamente por la autoridad o sus agentes en relación con actos de orden público y, finalmente, la privación de libertad derivada de la responsabilidad penal subsidiaria como consecuencia de no hacer efectiva la multa impuesta por razones de orden público.

En el supuesto de que no se logre identificar a la persona (por vía telemática o telefónica) que se especula puede presuntamente cometer un delito, que lesionó o puso en peligro la seguridad ciudadana, las FCS (¿en su caso, personal de seguridad privada) le requerirá a que le acompañen (se supone que con carácter de detenido si la sospecha es de probable comisión de un delito y, sin tal condición, cuando el que no se identifica es un infractor administrativo) a las dependencias policiales más próximas. Al no ostentar carácter de detención –el artículo 19 de la LOPSC dice expresamente que las diligencias de identificación, registro y comprobación carecen de las formalidades de la detención- el sujeto trasladado carece de las garantías del artículo 17 de la Constitución española. Asunto sobre el que se volverá más

adelante.

Con el término "requerir" parece que el legislador pretende asignarle un sentido de voluntariedad al acto de acompañamiento a las dependencias policiales. Más lejos de la realidad, en el caso de una prevención delictiva el funcionario no dispone de otra opción que no sea la de trasladar al sujeto como detenido a las dependencias policiales, siempre que realmente existan indicios objetivos. En el segundo supuesto, esto es, al objeto de cumplir con la sanción de una infracción, la expresión "requerir", pierde su connotación de voluntariedad y se resuelve, por el contrario, como una imposición de acompañarle a tal lugar. Es más, en casos de negativa a la identificación, al desaparecer la falta del artículo 634 que sancionaba a los ciudadanos que desobedecían levemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, los demás casos de desobediencia no grave se convierten ahora en un infracción administrativa grave del artículo 36.6. En este precepto se sanciona la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación. No obstante, en caso de desobediencia grave o resistencia pasiva es factible el recurso al delito previsto en el artículo 556 Cp (tres meses a un año o multa) que extiende la protección penal al personal de seguridad privada.

En definitiva, los supuestos de omisión voluntaria de identificación pueden reconducirse actualmente al delito o la infracción administrativa de desobediencia a la autoridad o negativa a la identificación, siempre que el funcionario o personal de seguridad privada, debidamente identificado (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas; ley 2/1986, de 13 de marzo, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Art.18 del Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre), esté capacitado para solicitar la identificación en el ejercicio de sus funciones de prevención de delitos o sanción de infracciones. Si se considera que el elemento "en el ejercicio de sus funciones" equivale a la finalidad pública de la actuación y, por tanto, que es un elemento esencial del concepto de funcionario público, se deduce que siempre que falte la intención de servir a los intereses generales en el momento de solicitar la identificación, no puede aplicarse la infracción del artículo 36.6.

Pero, qué finalidad debe perseguir el funcionario que procede a la identificación para actuar en el ejercicio de sus funciones. El cumplimiento de una función pública, en el caso que analizamos, consistiría en la presunción de que la persona a la que se solicita la identidad puede participar en la comisión de un delito o que ha alterado o puede llegar a alterar la seguridad ciudadana. Tesis que deriva de los deberes que la legislación vigente impone a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: artículo 11.1, aptdos, e, f y g), de la LFCS de 1986, que establece que los funcionarios pueden prevenir la comisión de actos delictivos e incluso investigarlos para descubrir y detener a los presuntos culpables además de mantener y restablecer el orden y la seguridad ciudadana.

Por cierto, es importante reseñar que la Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa al uso del Número de identificación Personal en la Uniformidad de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, recuerda al funcionario la obligación de llevar en el uniforme el número de identidad personal e identificarse siempre antes de solicitar la identificación a un tercero.

En definitiva, sólo se ejercita una finalidad pública cuando se realiza la labor de prevención de delitos o cuando se priva de libertad al infractor administrativo no identificable basada en la presunción de la comisión de una infracción administrativa. En caso contrario, si la solicitud de identificación por el funcionario no obedece a tal fin, es puramente aleatoria, el omitente no quebranta ni la infracción administrativa ni el delito de desobediencia.

El artículo 16 de la LOPSC faculta sin más la privación de libertad por infracciones de carácter administrativo a efectos de identificación del presunto autor: fumar en lugares públicos, aparcar en doble fila, no poseer la documentación, desobedecer mandatos de la autoridad, consumir drogas en lugares públicos, reuniones ilegales sin carácter penal, manifestaciones o concentraciones no comunicadas, etc. Esta figura, introducida en 1992, es contraria al régimen procesal-penal de garantías establecido en la LECr., al principio de taxatividad (art. 9.3 CE) por la amplia discrecionalidad consentida al funcionario, al artículo 25.3 CE, que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (aunque formalmente se alegue que no se trata de una sanción sino de una diligencia, medida cautelar o precautelar).

Sin embargo, esta inaudita modalidad de privación de libertad no es original, pues reproduce parcialmente el contenido del artículo 20 de la anterior LOPSC. Se inmortaliza así una antigua petición, auspiciada por una parte de la doctrina afín al aparato policial y al gobierno que impulsó la LOPSC de 1992, de los sectores policiales más arcaicos: la mal denominada “retención”. Es más, curiosamente, el Anteproyecto de LOPSC volvió a emplear el término retención (vocablo que ha desaparecido del texto final de la Ley) al permitir una medida de seguridad extraordinaria en el artículo 20 que preveía el cierre o desalojo de locales, prohibición del paso, “retención” de personas, etc en situaciones de emergencia durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana.

Con la “retención” se pretende cubrir una hipotética laguna legal que permita a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, a efectos de identificación, privar de libertad a un ciudadano sobre el que no recaen indicios racionales de criminalidad. Lo que se proyectaba en realidad era crear un espacio temporal de absoluta discrecionalidad policial en el que se puedan efectuar las diligencias preliminares sin interferencia judicial y sin garantías constitucionales.

Se trata, por tanto, de una privación de libertad basada en la sospecha de que se ha alterado o puede llegar a alterarse la seguridad ciudadana, es decir, en una intuición elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción delictiva o, se añade en el actual artículo 16, potencialmente puede llegar a cometer un infracción delictiva¹³.

Como puede observarse, esta figura, desconocida en nuestro ordenamiento hasta el momento de la aparición de la LOPSC en 1992, era jurídicamente inviable ya que la privación de libertad cautelar sólo podía reconducirse a las vías de la detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, sin que cupiese limitación alguna de la libertad diferente de aquéllas. Opinión asumida por el Tribunal

¹³ Cfr. Alude al criterio de oportunidad y experiencia sobre el que se fundamenta el proceso de identificación, CALVO GARCÍA, M, “La reforma “anunciada” de la Ley de Seguridad Ciudadana: un nuevo giro de tuerca a la seguridad de los derechos. En Seguridad(es) y derechos inciertos. Servicio de publicaciones Universidad de Zaragoza, 2014, p. 123.

Constitucional en la Sentencia 98/1986, de 10 de julio, cuando afirmó que: "una recta identificación del concepto "privación de libertad" que figura en el art.17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que disponen el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad - en las que de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean" (F.J. Cuarto).

Las dudas sobre la licitud de esta medida restrictiva de la libertad fueron disipadas, como se ha expuesto, tras la aparición de la STC de 10 de julio de 1986, al considerar como detención "cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que, siendo admisible teóricamente, la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona". Una teoría que coincide con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso GUZZARDI (6 de noviembre de 1980, 102). Ya incluso con anterioridad a la sentencia del TC, el 31 de mayo de 1985, el Director de la Seguridad del Estado remitió a los Directores Generales de la Guardia Civil y de la Policía unas "Instrucciones sobre la aplicación de la LO.14/83, de 12 de Septiembre, por la que se desarrolla el artículo 13.3 CE, en materia de asistencia al detenido y al preso y modificación de los arts 520 y 527 LECr", en las que se afirmaba: "ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención en sentido estricto, cualquiera que sea la terminología que se utilice y, en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase a presencia judicial o a disposición judicial, sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de "retenciones" u otras, pudieran utilizarse en la práctica para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas".

Aceptar la necesidad procesal de la "retención" y por tanto la inexistencia de control sobre las actuaciones policiales, no sólo supone un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en los artículos 17 de la C.E. y 520 de la L.E.Cr sino que significa la consagración de un Estado autoritario de naturaleza policial. Desgraciadamente, parece que la técnica de restricción de libertad que perpetúa el artículo 16 de la LOPSC se corresponde con aquélla denostada figura. En efecto, lo que se plantea es la privación de libertad del ciudadano que se niega o no puede ser identificado, siempre que el funcionario crea que, objetivamente *ex ante*, puede llegar a cometer un delito, ha cometido una infracción administrativa o lesiona o pone en peligro la seguridad ciudadana. Si concurren esos indicios y la negativa o imposibilidad de identificación –por cualquier otra vía- podrá trasladarse a las dependencias policiales con el único objetivo de conocer su identidad.

En resumen, el espacio que cubre el artículo 16 es el de la identificación de los infractores administrativos, de los que vulneren o puedan llegar a alterar la seguridad ciudadana y la de los potenciales autores de ilícitos penales.

En cuanto a los derechos que acompañan a esta clase de privación de libertad hay que decir que estaría sometida al límite temporal necesario que exija el desarrollo de las diligencias preliminares policiales de comprobación de identidad. En consecuencia, el estrictamente necesario sin que pueda ser superior a seis horas. Eso sí, durante este plazo el "retenido" carece de las garantías previstas en los artículos 17 de la C.E. y 520 de la L.E.Cr, exigencia constitucional que se elude mediante la ficción de considerar que en estos supuestos no estamos en presencia de casos de detención.

Entonces, ¿qué ocurre cuando durante la realización de las identificaciones, cacheos, controles de alcoholemia, de infractores administrativos, el funcionario no respeta ciertas garantías constitucionales? En la hipótesis de que el privado de libertad en esas situaciones carezca de la condición de "detenido" ¿posibilita la impunidad policial? Para intentar resolver esta cuestión deben rescatarse tres providencias de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en torno al tema de las diligencias de identificación y cacheo. En las mismas se defendió la tesis según la cual la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía (Providencia de la Sala Segunda del T.C. de 26 de noviembre de 1990, ante el recurso 2252/90 contra sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 18 de junio de 1990, por la que se condena al recurrente, como autor de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de treinta mil pesetas; de 21 de enero de 1991, ante el recurso 2262/90 contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas; 28 de enero de 1991, ante el recurso 2260/90, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas).

En todas estas providencias se subraya que "el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo. Asimismo, en la Providencia de 28 de enero de 1991, se manifiesta que "esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una "privación de libertad" ni atenta contra su derecho a la libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen".

Hay que recordar que las citadas providencias tienen su origen en la línea jurisprudencial sustentada por el Tribunal Constitucional respecto al control de alcoholemia; en ese sentido, la sentencia del TC 197/1985, de 7 de octubre, considera que no se encuentra en la situación de detenido, "quién, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1, del artículo 340 bis, a) del C.P (...)". En un sentido similar se expresa la STC 22/1988 de 18 de febrero.

Junto a las providencias citadas, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia 341/ 1993, 18 de noviembre, al declarar la constitucionalidad del artículo 20 de la LOPSC que posibilitaba la privación de libertad de infractores administrativos no identificables sin otorgarle el carácter de detención. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional desmonta en esa sentencia uno de los argumentos defendidos por las providencias del Tribunal Constitucional de 1992: que los controles, cacheos, identificaciones eran sometimientos no ilegítimos desde la perspectiva constitucional y, por tanto, ni tan siquiera tenían la consideración de privación de libertad. Dando marcha atrás, ahora se reconoce –retornando al planteamiento de la STC de 10 de julio de 1986- que el traslado a Comisaría con fines de identificación sí es una privación de libertad. No obstante, la STC de 1993 reconoce tácitamente que la LOPSC ha creado una nueva figura de privación de libertad: la “detención” de autores de infracciones administrativas que no son identificables, justificada al amparo del artículo 5.1 del Convenio de Roma que admite la privación de libertad para el cumplimiento de una obligación. Algo ciertamente discutible, ya que no existe obligación legal de identificación por parte del ciudadano si el funcionario no cumple un fin de prevención de ilícitos penales.

Además, esta nueva versión del Tribunal Constitucional, que ahora reconoce que son privaciones de libertad cuando antes afirmaba que no lo eran, coincide con las providencias en negarle el carácter de detención y, en esa idea, se adelantó al modelo Guantánamo. Esto es, creó un híbrido jurídico con la única intención de no aplicar las garantías constitucionales del detenido. Así, aunque se admite que el “acompañamiento” policial del ciudadano es una medida de identificación que puede evaluarse como privación de libertad, sin embargo enfatiza que no llega a alcanzar la consideración de detención preventiva y, por tanto, no debe contener las garantías del artículo 17 de la CE.

En efecto, respecto a la privación de libertad con fines de identificación que recae en personas no identificables que hayan incurrido en una infracción administrativa, el TC no admite más garantía que la consistente en la explicación de las razones de la diligencia de identificación. En cuanto al plazo, interpreta que la diligencia prevista en el art. 20.2 de la LOPSC no es indefinida o ilimitada en su duración ya que se utiliza la expresión "tiempo imprescindible", por lo que tal diligencia debe practicarse de manera inmediata y sin dilación alguna (ambas garantías, tanto el plazo como la explicación de las razones del requerimiento son reconocidas expresamente por la Instrucción 12/2007). En consecuencia, el Tribunal Constitucional no permite que sean aplicables el

resto de las garantías del artículo 17 CE, como la información sobre el derecho a no declarar, la asistencia letrada, poder instar un procedimiento de habeas corpus, etc, que sólo tienen sentido cuando se trata de una detención preventiva. Bajo este prisma, el Tribunal ratifica que no se debe informar sobre el derecho a no declarar ya que no se puede interrogar más que sobre datos de la personalidad y tampoco resulta inexcusable que la identificación se lleve a cabo en presencia de abogado.

Finalmente, el TC, ante la crítica fundada en que el artículo 20.2 de la LOPSC infringe el artículo 25.3 de la Constitución que prohíbe la imposición de sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, interpreta que tal disposición no se ve en ningún momento afectada ya que el procedimiento restrictivo de la libertad no alcanza la condición sancionadora sino de estricta identificación personal.

En conclusión, con la tesis defendida por el Tribunal Constitucional llegamos al absurdo de que la restricción de libertad con fines de identificación, aún siendo una privación de libertad, no es una detención preventiva y el ciudadano, en tales circunstancias, no goza de todas las garantías del artículo 17 de la CE.

Pues bien, pese que el Tribunal Constitucional no considera relevante garantizar determinados derechos, como establecer un plazo máximo de privación de libertad en tales situaciones, y aunque el artículo 19 de la LOPSC dispone que las diligencias de identificación, registro y comprobación no están sujetas a las mismas formalidades que la detención, el artículo 16.2 ha reconocido por vez primera la garantía de que el sujeto no puede estar más de seis horas en las estancias policiales y, además, se le debe entregar un volante en el que se indique el tiempo de permanencia en ellas (artículo 16.4).

Por otra parte, a diferencia de la regulación de 1992, se menciona expresamente que la identificación se realizará con respeto estricto a los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación (artículo 16.1). Una previsión incomprensible y absurda que recuerda al funcionario su obligación de respetar la Constitución, que cumpla con la ley sin ultrajar los derechos de las personas que identifica. Es tan lógico como sugerirle que no torture o ejecute al sometido al proceso de identificación. Sin embargo, a pesar de lo desatinado de una referencia expresa a la no discriminación, hay que matizar que su razón de ser obedece al precedente generado por el caso Rosalind Williams. Esto es, un supuesto en el que un funcionario sin indicios objetivos de un ilícito, solicita la identificación por una cuestión exclusivamente étnica.

A raíz del caso de Rosalind Williams, renació el debate sobre la práctica de privaciones de libertad caracterizada por un móvil discriminatorio. Se trata de detenciones sin indicios *ex ante* de infracción delictiva o administrativa en las que lo importante es la condición del sujeto al que se restringe la libertad. El supuesto que comentamos se inicia el 6 de diciembre de 1992, en la estación de ferrocarril de Valladolid, cuando un funcionario de la Policía Nacional requirió a la Sra. Williams (originaria de EEUU pero de nacionalidad española) tras bajar del tren, sólo a ella, que se identificara. Tras negarse a la identificación y solicitar a su vez la identificación de los policías, Rosalind Williams, su hijo y su esposo fueron conducidos a una comisaría, donde la policía comprobó sus datos personales y después los puso en libertad. A partir

de aquí Williams presentó una denuncia que dio lugar a unas diligencias que fueron sobreesidas provisionalmente por no resultar justificada la perpetración de delito alguno. Posteriormente, el 15 de febrero de 1993, los recurrentes presentaron un escrito en el Registro General del Ministerio del Interior en el cual incluyeron una doble solicitud: Por un lado recurrieron en alzada la orden (no manifestada por escrito) del Ministerio del Interior de proceder a pedir la documentación a personas de color. Por otro formularon solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado ante el Ministro del Interior, basando su reclamación en que el requerimiento de identificación se realizó exclusivamente sobre la Sra. Williams por ser de raza negra.

El 29 de noviembre de 1996 la Audiencia Nacional rechazó el recurso interpuesto al entender que la ley de extranjería y el artículo 20 de la LOPSC posibilitaban esa clase de identificación. Posteriormente, la STC 13/2001, 29 de enero, sostuvo que “los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo”. Se concluye que “a tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”.

Incurriendo en un error bastante frecuente en la jurisprudencia, el TC afirma erróneamente que los inmigrantes están obligados a exhibir los documentos justificativos de su estancia legal en España, obligación de identificarse que, por lo demás, afecta a la generalidad de los ciudadanos según resulta del art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en relación con el art. 9 y el art. 12 del Decreto núm. 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, en la redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio. En conclusión, el TC consideró legal la detención por aplicar correctamente los requisitos del artículo 20 de la LOPSC.

Muchos años más tarde..., el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en un Dictamen de 29 de julio de 2009, emitido a tenor del párrafo cuarto del artículo 5 del Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos civiles y Políticos, consideró que la aplicación de perfiles raciales en el contexto del control de la inmigración en España constituía una discriminación. Estando de acuerdo en la existencia de controles de identidad con fines de protección de la seguridad ciudadana, prevención del delito o control de la inmigración ilegal, el Comité no comparte que los rasgos físicos o étnicos sean la referencia para concluir su situación irregular en el país. Por el contrario, ratifica que significa un atentado a la dignidad de las personas, contribuye a la expansión de actitudes xenófobas y resulta contradictorio con una política eficaz contra la discriminación racial. Se concluye que Rosalind fue individualizada para el

control de identidad únicamente por sus características faciales, rasgos físicos y que estos constituyeron el único elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal sin respetar criterios de objetividad y razonabilidad. Por todo ello, denuncia una violación del artículo 26 y el art. 2, párrafo 3 del Pacto que obliga al Estado a ofrecer un recurso y disculpas públicas.

Abundando en esta idea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas sustenta que los Estados deben adoptar “las medidas necesarias para impedir los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”. Al igual, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa ha definido la elaboración de perfiles raciales como “el uso por parte de la policía, sin justificación objetiva o razonable, de criterios como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para actividades de control, vigilancia o investigación”.

A pesar de lo expuesto, en España se sigue privando de libertad sin indicios objetivos de criminalidad, fundamentando la restricción en criterios raciales, étnicos, formas de vida, que no demuestran la ilicitud del comportamiento. Limitaciones de la libertad derivadas de una presunta peligrosidad sin base legal en la que se sustente. Genera estupefacción que determinadas actuaciones policiales se sigan realizando con infracción del principio de igualdad y, sin embargo, no sean consideradas discriminatorias.

El Dictamen de 2009 viene a confirmar que la solicitud de identificación debe basarse en la presunta comisión de delitos, infracciones administrativas, siempre que existan indicios objetivos de su probable comisión, valorados *ex ante* por el funcionario, sin que pueda entenderse como base objetiva la raza, color, sexo, género, religión, ideología, forma de vida o cualquier otra condición personal o social¹⁴. Posiblemente, como expuse, la existencia de aquel Dictamen ha motivado, por un lado, la Circular 2012, de 21 de mayo, de la Dirección general de la Policía, que expresamente prohíbe cualquier privación de libertad basada únicamente en criterios étnicos y rechaza los cupos de identificación y las redadas masivas de inmigrantes y, por otro, la referencia expresa del artículo 16.1 a la necesidad de respetar la igualdad de trato y no discriminación.

IV. Limitación o restricción de la circulación o permanencia y controles policiales.

A los supuestos de privación de la libertad sin garantías constitucionales, la LOPSC añade la facultad de limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y la posibilidad de establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración real o previsible de la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia (art. 17). Igualmente, se pueden establecer controles en vías, lugares o establecimientos públicos sólo con la finalidad de descubrir a los partícipes en actos delictivos especialmente graves o generadores de alarma social. A tal fin, se procederá a la identificación de personas, registro de vehículos y control superficial de los efectos personales. Conjuntamente, los controles se emplearán para la recogida de instrumentos,

¹⁴ Posición similar defiende BRANDARIZ GARCÍA, Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal. Comares, Granada, 2011, pp. 121-122.

efectos, pruebas. Eso sí, cuando durante el cacheo o la identificación se aprehendieren armas, drogas, o cualquier otro efecto producto del delito o infracción administrativa (en esta ocasión no se menciona la seguridad ciudadana) constará en un acta que debe ser firmada por el interesado, en caso contrario, el acta policial gozará de presunción de veracidad.

El primer instrumento que prevé el apartado primero del artículo 17 otorga a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la posibilidad de "limitar" o "restringir", durante el tiempo que sea imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos de aquellas personas que alteren la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia o cuando existan indicios racionales de que puede llegar a alterarse. Precisamente los términos "limitar o restringir" hacen referencia a la opción de privar de libertad a aquel ciudadano que perpetre desórdenes públicos de carácter penal, y también cualquier otra clase de actos contrarios o potencialmente aptos para perturbar la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia con independencia de su naturaleza: penal o administrativa.

Este precepto infringe el sistema de garantías procesales establecido en la LECr, que sólo faculta el empleo de la medida precauteladora por razón de delito, y además incumple los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 17 (libertad y seguridad), 19 (libertad de circulación) y 25.3 (limitación de la libertad por la Administración) CE.

Sólo debería permitirse la limitación o restricción de la libertad ante la práctica de conductas que, en el momento de llevarse a cabo, supongan un atentado grave al orden público de naturaleza penal, es decir, comportamientos situados en la esfera del art. 556 (resistencia, desobediencia), 557 y ss (desórdenes públicos) del c.p. Como, por otra parte, recoge el segundo apartado del artículo 17 LOPSC al configurar esos mismos controles para la prevención de delitos especialmente graves o que generen alarma social.

Fuera de este ámbito, el funcionario únicamente debería tomar nota del nombre y apellidos del ciudadano que realice una infracción administrativa de la seguridad ciudadana. Por el contrario, el artículo 17 convierte en irrelevantes las diferencias entre el ilícito penal y el administrativo, contribuyendo a la gestación de un amplio margen de discrecionalidad policial y de indefensión ciudadana al posibilitar la privación de libertad por hechos insignificantes, como la sospecha de que el sujeto puede llegar a alterar la seguridad ciudadana, interpretada, no como afcción de personas o bienes sino como tranquilidad pública. A la par, es criticable la violación manifiesta del plazo legal de restricción de la libertad de circulación pues no se define una duración máxima. Piénsese que la previsión del plazo máximo de seis horas sólo afecta al proceso de identificación y no a estas limitaciones o restricciones de la libertad en las vías públicas. Conjuntamente, el incumplimiento por parte del ciudadano de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos es sancionado como una infracción leve (art. 37.3).

Como se ha expuesto, el segundo de los instrumentos restrictivos de la libertad de movimientos aparece regulado en el apartado segundo del artículo 17 de la LOPSC que hace referencia a la existencia de controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos, con la finalidad de proceder al descubrimiento y detención de los partícipes ... En estos controles se procederá

a la identificación de personas, que transiten o se encuentren en aquellos lugares, al registro de vehículos y al control superficial de los efectos personales. En la medida en que estos controles cumplen una función preventiva, deberían limitarse a intervenciones restrictivas de la libertad de movimiento en aquellos supuestos en los que aparecen indicios racionales y objetivos de criminalidad. Sin embargo, el precepto no habla de cualquier delito sino que éste debe ser grave o generar alarma social (concepto indeterminado que aumenta la discrecionalidad policial). De todas formas, esta exigencia (comisión de un delito grave) se incumple en la práctica de controles públicos indiscriminados, con la única finalidad de comprobar la identidad del sujeto, sin que exista la menor presunción delictiva. En resumen, tal como está redactado el artículo, las medidas de identificación y registro personal sólo afectarán al sospechoso de haber participado en la comisión de un delito grave. Si, por el contrario, se restringe el tránsito al que se encuentra casualmente en ese lugar, supondría una detención ilegal y un atentado al principio de inviolabilidad personal¹⁵.

V. Comprobaciones de personas y vehículos.

Para finalizar con aquellas opciones que la LOPSC concede a las FCS, el artículo 18 consiente las comprobaciones en personas, bienes y vehículos no solo cuando lleven instrumentos o medios que pueden ser utilizados para la comisión de delitos sino cuando puedan alterar la seguridad ciudadana. Se podrán realizar tales comprobaciones cuando tenga indicios de que poseen instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana.

En el caso de que los ciudadanos no colaboren u obstaculicen la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones serán sancionados con la falta grave del artículo 36 nº15.

El artículo 18 facilita la práctica de un conjunto de medidas entre las que se encuentra la comprobación de identidad, el registro de personas y cosas, su confiscación, etc, esto es, una especie de redada fundada en criterios de peligrosidad y sospecha, no sujeta al principio de presunción de inocencia y, por consiguiente, a las exigencias de indicios racionales de criminalidad. De este modo, la excepción se convierte en regla, es decir, la privación de libertad se realiza precisamente para comprobar la existencia o no de indicios bastantes de criminalidad o de infracción administrativa en el sospechoso¹⁶.

La ilegalidad de tales restricciones, sobre todo cuando no hay indicios de criminalidad sino de lesión probable de la seguridad ciudadana, en su vertiente de tranquilidad pública, deriva, en consecuencia, de la infracción de varios principios esenciales en la conformación del concepto de la seguridad individual del ciudadano frente al Estado: presunción de inocencia, principio de menor lesividad, intimidad (art. 18), seguridad jurídica (9.3). El principio de presunción de inocencia se lesiona por la inexistencia de " motivos bastantes de criminalidad" – alterar la seguridad ciudadana-, el principio de menor lesividad, por su parte, se

¹⁵ En esa línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, sustenta que los controles deben responder a una actividad reglada y verificable, orden del órgano competente que justifique el requerimiento de identificación. Sólo así puede evitarse la arbitrariedad. Identificaciones y cacheos, no preprocesales, como privaciones de libertad, en AAVV Detención policial y habeas corpus. Consejo General del Poder Judicial, nº 48, Madrid, 2010, p. 168.

¹⁶ En la dirección del texto, QUERALT admite que la redada no tiene base legal, en AAVV Detención policial y habeas corpus. Consejo General del Poder Judicial, nº 48, Madrid, 2010, p. 96.

viola al restringirse la libertad con una clara finalidad preventiva de posibles y futuras infracciones administrativas. De otra parte, la privación de libertad así practicada infringe el principio de proporcionalidad y el criterio de la necesidad de un grave e inminente peligro sin que sea suficiente la mera sospecha de peligrosidad. Al admitirse esta clase de intervenciones sin la presencia previa de indicios de criminalidad se certifica un razonamiento policial que obliga al ciudadano a soportar todas las medidas que sean necesarias en la confirmación o revocación de la sospecha inicial.

VI. Registros corporales.

La misma crítica puede trasladarse a la previsión del artículo 20 de la LOPSC sobre registros corporales externos que podrá realizarse para hallar instrumentos u objetos en funciones de indagación de delitos e infracciones administrativas. En efecto, el art 20 dispone que podrá “practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Esta medida quebranta varios preceptos constitucionales: la intimidad del artículo 18.1 y, por ende, la dignidad (10.1) y la prohibición de un trato degradante (art. 15). No se respeta el criterio de proporcionalidad pues se destruye la intimidad en nombre de la tranquilidad pública. A su vez, se lesiona la dignidad al justificarse la actuación policial basada en la mera sospecha de obtención de objetos que pueden llegar a ser utilizados en una probable alteración de la seguridad ciudadana. Se transgrede la seguridad jurídica (art. 9.3) al concederle absoluta discrecionalidad al funcionario con base en meras suposiciones subjetivas de lesión de bienes jurídicos no penales. De igual forma, esta modalidad de registro corporal rompe con la línea marcada por la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que reclama la concurrencia de razones justificadas de interés general, el respeto al principio de legalidad y contar con autorización judicial previa, salvo las excepciones habilitadas legalmente. Al tiempo que incumple la Instrucción 12/2007, que prevé la práctica del cacheo sólo en supuestos de detenciones o sospechosos potencialmente peligrosos descartando la arbitrariedad en su ejercicio.

VII. La conversión del derecho de reunión y manifestación en ilícito.

Junto a las diversas modalidades de limitación, restricción, privación de libertad, registros corporales, sin garantías constitucionales, otro de los máximos exponentes de la represión contra los movimientos sociales de protesta se concentra en la conversión del derecho de reunión y manifestación en un comportamiento ilícito. Sin valorar que se trata de un derecho fundamental, la LOPSC ha diseñado un modelo de tolerancia cero respecto al derecho a la protesta, sancionando de forma desproporcionada cualquier “exceso” relacionado con los derechos mencionados por muy insignificante que sea. Se olvida que el artículo 21 CE reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas con la única limitación de que no genere un peligro para personas o bienes (STEDH, caso *Ozalp Ulusoy c. Turquía*, de 4 de septiembre de 2013). Sólo son delictivas aquellas reuniones o manifestaciones que se celebren con el fin de cometer algún delito o aquéllas a las que concurren personas con

armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso (art. 513 CP). En consecuencia, únicamente puede impedirse o sancionarse aquella manifestación que ocasione un peligro delictivo con base en la existencia de elementos objetivos y no en datos infundados, meramente subjetivos, del funcionario (TEDH, caso *Disk et Kesik c. Turquía*, de 27 de noviembre 2012).

Rompiendo literalmente con estas prescripciones constitucionales y desviándose de la jurisprudencia del TEDH, la LOPSC prevé un listado de infracciones graves (multa de 601 a 30.000. euros) y una muy grave (30.001 a 60.000euros) que se corresponde con la vulneración de un concepto de orden público apropiado del tardo-franquismo. En realidad, lo que se persigue es el ejercicio de derechos fundamentales y, más concretamente, cualquier acto vinculado con el derecho de reunión y manifestación. Es el caso de la perturbación grave de la seguridad ciudadana en...reuniones numerosas, cuando no sean constitutivas de delito (art. 36.1). En este supuesto se sanciona un comportamiento en el que no hay peligro alguno para las personas o bienes –pues en ese caso sería delito- sino exclusivamente una alteración grave de la tranquilidad. Se incumple así el principio de legalidad (art. 25.1) y la seguridad jurídica (art.9.3) ya que la conducta típica queda absolutamente indeterminada: alteración de la seguridad ciudadana en su versión de tranquilidad pública. El mismo reproche puede formularse a la sanción de la perturbación de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones 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 constituyan delito (art. 36.2). Se forja un tipo prácticamente en blanco que permite a los funcionarios actuar siempre que estimen que la reunión afectó, aunque sea levemente, la tranquilidad pública, vulnerando nuevamente el artículo 25.1 y 9.3 CE. En consecuencia, cualquier reclamación de derechos ante sedes legislativas, aunque no se lesionen personas o bienes va a ser calificado como una infracción grave. También es contraria a los artículos 25.1 y 9.3 CE, la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal (art. 36.8). La indeterminación del término “perturbación” facilita una arbitraria discrecionalidad policial que les permite intervenir en casos de alteraciones leves de la tranquilidad pública. Lo mismo podría decirse de la infracción muy grave: las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones (art. 35.1).

Junto a estas infracciones graves y muy grave se sancionan otras de carácter leve –multa entre 100 y 600 euros- por la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (art. 37. 1). Esto es, cuando se afecte el buen orden de la manifestación (art. 4.2) no se lleve a cabo la comunicación (art. 8), no se cumpla con los datos formales que deben aparecer en el escrito de comunicación (art. 9) cuando existen indicios de un desorden público de carácter penal (art. 10) o no se realice el recurso (art. 11).

Es curioso que el incumplimiento de la comunicación signifique en la práctica una restricción del derecho fundamental, en contra de lo establecido por el TC (SSTC 2/1882, de 29 de enero, 110/2006, de 3 de abril). El artículo

21.1 de la CE reconoce que "el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa y... en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de orden público, con peligro para personas o bienes". En consecuencia, ni las concentraciones ni las manifestaciones requieren una autorización previa (art.3 de la LODR) aunque sí exija que haya una comunicación escrita y previa a la autoridad gubernativa (.art.8 de la LODR). El incumplimiento de los trámites administrativos de la reunión o manifestación sólo genera la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Sin embargo, es necesario recordar que el incumplimiento de los requisitos formales llegó a ser un delito. En efecto, el artículo 168 del Código penal de 1973 sancionaba, con la pena de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, a los promotores de cualquier reunión o manifestación que eludieran el cumplimiento de los requisitos previstos en las leyes reguladoras del derecho de reunión. Durante unos años esta situación generó un conflicto de normas entre el delito del 168 y la infracción administrativa del artículo 23,c) de la LOPSC. Mientras la vulneración dolosa de los requisitos de la LODR que podían afectar de forma directa al orden público daba lugar al delito, la infracción del deber objetivo de cuidado con relación al itinerario previsto o la hora fijada, originaba la aplicación del artículo 23,c). Tesis defendida por alguna decisión judicial como la STC de 16 de junio de 1982, al declarar, con ocasión de la inobservancia del plazo de presentación de la comunicación, que "ello no puede autorizar a realizar la reunión a ultranza, dando carácter ilimitado al derecho de reunión, pues con tal conducta se incumpliría una exigencia constitucional trascendente y se realizaría una defraudación de la potestad de prohibir que regula el artículo 21, posibilitando la actuación antijurídica, abusiva e incluso al margen de la buena fe del ciudadano infractor, lo que debe conducir racional y jurídicamente a la prohibición previa, en evitación de más graves medidas de disolución o represión de la reunión, que siempre debe evitarse"¹⁷. Sin embargo, matizando esta opinión el Tribunal Constitucional en la sentencia de 59/29 de marzo de 1990, FJ.n.5, subraya que el único motivo para que la autoridad gubernativa pueda proceder a la suspensión de una reunión en lugares de tránsito público es la infracción del orden público o el incumplimiento de la comunicación a la autoridad gubernativa del que se deduzca la presunción de alteración del orden público con peligro para personas o bienes.

Como puede comprobarse aquélla norma no respetaba el principio de subsidiariedad, ni el de fragmentariedad, al elevar a la categoría penal una mera infracción administrativa de escasa relevancia social¹⁸. Hoy, como ayer,

¹⁷ Así, la STS de 19 de julio de 1988, identifica la infracción de uno de los requisitos de la LODR con la ilicitud de la reunión. En esta sentencia se analiza el supuesto en el que un grupo de trabajadores se dirige hacia la sede social de su empresa -debido a la conflictividad laboral existente en la misma- sin comunicar a la autoridad gubernativa sus intenciones de realizar una manifestación; según la sentencia, la no concurrencia del trámite preceptuado es suficiente para "declarar la manifestación como ilegal e incompatible con el debido ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público".

¹⁸ En un sentido similar al del texto, la STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 1989 sustentó que el simple hecho de la falta de inscripción gubernativa de la entidad convocante, en la existencia de antecedentes policiales en alguno de los promotores y en unos precedentes históricos que, sobre no aparecer debidamente contrastados, resultan insuficientes para justificar una limitación tan radical del derecho fundamental de manifestación. Para evitar las situaciones injustas que se producían por una excesiva limitación del derecho de reunión, se defendió -como cauce de solución de problemas que planteaba la

vuelve a castigarse, no como delito pero sí administrativamente, el leve exceso en el ejercicio del derecho fundamental, en ambos casos, con la intención de intimidar, de desincentivar el ejercicio de los derechos fundamentales.

En esa dirección que pretende convertir en ilusorio el derecho de manifestación, el artículo 23 LOPSC faculta a las FCS a disolver las reuniones y manifestaciones sin previo aviso en los casos de alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos, objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, también podrán disolver concentraciones de vehículos cuando pusieran en peligro o dificultaran la circulación. Es decir, se faculta la restricción del derecho fundamental de reunión cuando algún manifestante emplee palos, piedras o cualquier otro objeto contundente durante el desarrollo de la misma.

Esta previsión es un atentado al derecho fundamental de manifestación al permitir la disolución, esto es, convertir en ilícita una reunión o manifestación, lícita en su origen, por la utilización en su desarrollo (por parte de algunas personas) de instrumentos -armas, artefactos, explosivos, objetos contundentes-. Al respecto, el apartado 11 del artículo 2 de la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que regulaba un comportamiento similar al considerar peligrosos a los que "sin justificación lleven consigo armas u objetos que por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumentos de intimidación, coacción o agresión". De otro lado, se infringe nuevamente el principio de seguridad jurídica al hacer factible la disolución basada en la mera suposición del funcionario de que el instrumento empleado puede resultar potencialmente peligroso. Se configura, pues, como figura de peligro abstracto siendo suficiente con la posesión del instrumento peligroso, sin que sea necesario el uso o exhibición del mismo.

Además, los conceptos empleados son ambiguos y de una amplitud desmesurada: armas, explosivos, ¿objetos contundentes?, o análogamente peligrosos. Esta técnica de incriminación se asemeja al artículo 2 de la Ley italiana nº 533/de 8 de agosto de 1977, que consideraba delito flagrante el uso de casco o de otros medios protectores durante el desarrollo de una manifestación legal. Ante estos supuestos, FERRAJOLI afirmó que en estas condiciones podría disolverse cualquier manifestación lícita pues "bastaría con que un policía no considere justificado cualquier casco, capucha o incluso una barba..."¹⁹. En efecto, el derecho fundamental puede quedar reducido al mínimo en función de la interpretación de la potencial peligrosidad del medio que se lleve a la manifestación. En este sentido, ¿podrían ser objetos contundentes o análogamente peligrosos, las pancartas o los altavoces que generalmente se llevan en este tipo de actos?

Finalmente, parece más razonable –aunque pudiera resolverse como una desobediencia- la sanción de la negativa a la disolución de las manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente, cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (art. 36.7), es decir, cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales (delito de reunión, art. 513 CP);

aplicación del artículo 168 del CP- una interpretación garantista del precepto comentado, sustentando, aunque no se desprendía de su tenor, que sólo se cometía este delito cuando era dolosa la infracción de los requisitos más relevantes para el orden público.

¹⁹ FERRAJOLI, L, "Ordine Pubblico e Legislazione eccezionale", en Rvta. Q.Cr.3, 1977.

cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes (delito de desórdenes públicos, arts. 557, 558 CP).

Por otro lado, se emplea un concepto unificado de autor en el artículo 30 al extender de forma analógica el concepto de organizadores y promotores no sólo a los que redactan el escrito de comunicación sino a quienes por las publicaciones o declaraciones de convocatoria de las reuniones o manifestaciones, por los discursos que se pronuncien y los impresos que se repartan durante las mismas, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son inspiradores de aquéllas. Un precepto que lesiona el principio de presunción de inocencia al utilizar la técnica de la responsabilidad objetiva.

VIII. Sedición, desórdenes públicos, resistencias, atentados, como figuras disuasorias del ejercicio de derechos.

Como ya he expuesto, asistimos a una coalición entre Derecho Penal y Administrativo con la finalidad de hacer impracticable el ejercicio del derecho de reunión a través de los delitos e infracciones administrativas de sedición, desórdenes públicos, desobediencia, resistencia y los delitos de atentado. Se está recurriendo sistemáticamente al delito de sedición (artículo 544) para silenciar movimientos ciudadanos que practican, de modo pacífico, el derecho de manifestación. Baste comparar la STS de 24/11/1939 (R. 164) con recientes autos de la Audiencia Nacional. Así, la sentencia citada decía: “ Los hechos realizados por los componentes de la manifestación del día 14 de abril de 1936 dan elementos más que suficientes para integrar el delito de sedición, puesto que la finalidad de tal acto era lograr la libertad de unos presos, dirigiéndose por ello al domicilio del Juez de Instrucción, coaccionándole de manera violenta para conseguir lo que se proponían los manifestantes, anulando la voluntad de dicho funcionario por haberle conminado, hablándole de la actitud levantisca del pueblo, de su soberanía, de la necesidad de evitar un día de luto, empleando otras expresiones, tras las cuales iba envuelta una notoria amenaza y grave coacción, siendo de observar que todo esto pasaba al día siguiente de otra manifestación con el mismo propósito, después de realizarse gestiones por elementos del Frente Popular cerca del Gobernador Civil para interesar la libertad inmediata de unos presos”. Es notable la semejanza con los Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 3, de 27 de septiembre de 2017 (TOL6.381.606), 11 de octubre de 2017 (TOL6.385.110), 16 de octubre de 2017 (TOL6.378.754) y 31 de octubre de 2017 (TOL6.401.547). En estas resoluciones, la Audiencia Nacional, no sólo invade ilícitamente las competencias del Tribunal Supremo, al tratarse de un delito ubicado entre los delitos contra el orden público, sino que cercena los derechos fundamentales de reunión y manifestación de las personas a las que se refiere cuando sustenta la hipotética actividad delictiva cometida por los presidentes de la *Asamblea Nacional Catalana* (ANC) y de *Òmnium Cultural* al participar ...”activamente en la convocatoria de las concentraciones que tuvieron lugar los días 20 y 21 de septiembre, alzándose además como sus principales promotores y directores, manteniéndose al frente de las mismas durante todo el día, llevando la iniciativa en una pretendida negociación con los guardias civiles, alentando y dirigiendo la acción de los congregados, incitándoles a permanecer en el lugar e impartiendo órdenes de la actuación a realizar en cada momento”. Tal afirmación nos recuerda y retrotrae a la legislación y tribunales franquistas que trocaban el ejercicio de derechos fundamentales en ilícitos penales²⁰.

En cuanto a los desórdenes públicos se ha reformado a la par tanto el Código penal como la LOPSC. En esa dirección, se modifica el artículo 557 y se sanciona con pena de prisión de 6 meses a 3 años a los que en grupo o individualmente “alteren la paz pública” ejecutando actos de violencia sobre

²⁰ Del mismo modo, representa un atropello a la razón, incurriendo probablemente en prevaricación, el auto de 31 de octubre de 2017 cuando califica como delito rebelión y sedición el comportamiento pacífico del Govern Catalán. Sobre la imposibilidad de encuadrar estos hechos en el delito de rebelión, GARCÍA RIVAS, N, “La represión penal del *secesionismo*. Una aproximación histórica y comparada”. Diario La Ley, Sección Documento on-line, 29 de Septiembre de 2017

personas o cosas o empleen amenazas. La misma pena se aplica al que incite o refuerce las acciones anteriores. De otro lado, la pena se ve agravada (de 1 a 6 años) cuando porten un arma....u otros instrumentos peligrosos”, los actos se realicen en manifestaciones o reuniones numerosas, se oculte el rostro, etc (art. 557 bis).

Nos encontramos ante un delito intencional de resultado cortado, es decir, la ejecución de actos de violencia sobre personas o bienes debe perseguir, en todo caso como fin último, la lesión de la paz pública²¹.

Sobre el bien jurídico protegido y la equivalencia entre seguridad pública y paz pública, hay ciertas discrepancias; así, mientras que para un sector la paz pública se identifica con el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, atentándose contra ella cuando se utilizan medios violentos y graves que la alteran²², otro, por el contrario, entiende -a mi juicio, correctamente- que paz pública y orden público no son expresiones coincidentes²³. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que el concepto "seguridad pública" es más preciso que el de "orden público" porque se centra en "la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas"²⁴. Siguiendo este razonamiento, señala IZU

²¹ MAPELLI CAFFARENA/ASENSIO CANTISAN, "La ocupación colectiva de la vía pública", Rvta del Poder Judicial, 1988, n.10, pp.153 y ss. En contra del planteamiento que se defiende en el texto, MUERZA ESPARZA considera que los conceptos "alteración del orden" y "paz pública" son equivalentes y además señala que "la finalidad de alterar la paz pública existirá siempre que se pretenda influir sobre las decisiones públicas (...) utilizando medios diferentes a los establecidos en la Constitución democrática". Vid. "La alteración de la paz pública en el delito de los desórdenes públicos", en Rvta del Poder Judicial, n.9, 1988, p.112.

²² .Se afirma que "cuando los fines de protesta o reivindicación social pasan por la utilización de medios como la interrupción de las vías de comunicación -la elección de esos medios implica el designio de alterar la paz pública que debe regir en las exteriorizaciones de la vida de relación social". Cfr. SSTs de 6 de marzo de 1985; 17 de septiembre de 1986; 25 de febrero de 1987; 28 de octubre de 1987; STS de 18 de junio de 1990 (R.A.5560).

²³ En ese sentido, diferenciando los dos conceptos y excluyendo el delito del artículo 246 a los que participan en obstaculizar vías y espacios públicos, se expresan las siguientes sentencias: STS de 17 de marzo de 1989 (R.A.2691) en la que se afirma que "la confusión entre sendos conceptos podría provocar, en ciertos casos, una distorsión del tipo; orden y paz no son categorías absolutamente intercambiables, apareciendo deslindadas en el artículo 246 del Código. El orden es el resultado del concierto o buena disposición de las cosas entre sí... La paz pública no es un concepto estático sino dinámico y se perfecciona y acentúa primordialmente por el ejercicio de los derechos y no por la inacción o inhibición de sus titulares"; STS de 17 de marzo de 1990 (R.1074/88); la sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla de 10 de mayo de 1990, en la determinación del elemento subjetivo, define el concepto "paz pública" interpretando que no concurre tal elemento cuando los sujetos activos no pretenden "atentar contra los fundamentos del sistema político, ni crear un ambiente de inestabilidad de las instituciones, ni infundir en los ciudadanos un sentimiento de temor, inseguridad o desconfianza en su funcionamiento, sino que se limitan a una acción testimonial de reivindicación sobre un problema concreto, como el retraso en la habilitación de los fondos del empleo comunitario, o más genéricamente, a una protesta contra la política agraria del Gobierno"; en la STS de 16 de octubre de 1991 (R.1128/87) se define el elemento subjetivo "paz pública" como "estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social". F. J .primero; STS de 11 de octubre de 1991 (R.1284/88); STS de 6 de febrero de 1991,(R.6276/88).STS de 30 de marzo de 1992 (R.A.2515); STS.15 de mayo de 1992 (R.70-6/1990) al indicar que "aunque no se dice expresamente cuál era la finalidad de la manifestación estudiantil, parece que era de orden académico, y que el simple hecho de cruzar un vehículo no supone alterar la paz pública hasta el extremo de valorar tal comportamiento como delito, quizá como falta".

²⁴ STC 33/1982 de 8 de junio.

BELLOSO que "el orden público ya no aparece como una cláusula general habilitadora de poderes indeterminados a favor de las autoridades administrativas, sino como un límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales"²⁵.

A la represión penal acompañan diversas infracciones administrativas relativas a desórdenes en las que ya no se exige alteración de la paz pública, violencia ni amenazas. Es el caso previsto en el artículo 36.3 de la LOPSC (infracción grave): "causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana"; también la infracción consistente en ocasionar daños o el deslucimiento grave de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de muebles o inmuebles privados en la vía pública (infracción leve del art.37.13). Pues bien, como se ha expuesto, las infracciones administrativas del 36.3 y 37. 13, no podrán aplicarse cuando se altera la paz pública ya que tal comportamiento es delictivo. Aunque no se altere la paz pública, no puede hacerse uso del 36.3, cuando la alteración de la seguridad ciudadana sea leve. En definitiva, sólo se utilizará la infracción mencionada en aquellos supuestos en los que la alteración del orden – para personas, bienes o tranquilidad pública- producida por la interrupción de vías o espacios públicos, obstaculización de la vía pública..... tenga un carácter grave.

Por último, se sancionan otros dos comportamientos relacionados con los movimientos de protesta, el primero, la remoción de vallas, encintados, u otros elementos fijos o móviles, colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo, cuando no constituya infracción grave (37.15); el segundo, el escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes (art. 37.14).

De otra parte, se castigan diversos actos preparatorios como tipos autónomos en el art. 559 (pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año): al que distribuya, difunda públicamente, mensajes o consignas que inciten a la comisión de los actos antes citados. Junto a ellos, se sancionan diversos actos característicos de los movimientos de desobediencia civil; el artículo 557 *ter* (pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12) sanciona a los que en grupo o individualmente...invadan, ocupen el domicilio de un persona jurídica, pública o privada, despacho, oficina, abierta al público con perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal. Cierto es, que en la fase prelegislativa no se exigía en esta conducta la alteración de la paz pública, siendo evidente que la intención no era otra que la de criminalizar un comportamiento pacífico que no constituía allanamiento de morada ni usurpación²⁶. Ahora bien, la inclusión del elemento perturbación grave para la paz pública condiciona la aplicación del delito a los casos en los que la ocupación del espacio impida el ejercicio de derechos fundamentales. En aquellos supuestos en los que no hay lesión de la paz pública puede aplicarse la infracción del artículo 37.7 LOPSC (infracción leve): "La ocupación de

²⁵ Vid. Op. cit, p.243.

²⁶ BAUCELLS, LLADÓS, J. Desórdenes Públicos, en Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.979.

cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”. En último lugar, el supuesto que sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente, contraviene los artículos 25.1 y 9.3 CE. Supuesto este último en el que se incluye la venta ambulante no autorizada (art. 37.7).

A todo ello se añade que se ha reformado el delito de atentado –art. 550-. Curiosamente, aunque disminuye el límite mínimo de la pena (pasa de 1 a 4 años), se extiende la conducta típica a los supuestos de agresiones, resistencia con violencia o intimidación grave, empleo de fuerza o acometimiento. De esto se deduce que los codazos, empujones y forcejeos forman parte de este delito, rompiendo con la línea jurisprudencial que distinguía entre los delitos del 550 y 556 en función de si el ciudadano toma la iniciativa en el empleo de la fuerza contra el funcionario o, simplemente, se resistía a la privación de libertad²⁷. Además, se agrava la pena cuando se empleen objetos peligrosos (art.551). Pero, no sólo se amplía la conducta típica, también se dilata el círculo de sujetos pasivos a los miembros de las Fuerzas Armadas, bomberos, personal sanitario, personal de seguridad privada (art. 554).

Otras sanciones nacen predestinadas a combatir a las Plataformas Antideshaucio y colectivos de desobediencia civil en supuestos en los que no concurre la violencia: “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 delito” (art.36. 4). Al igual que: “Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos” (art. 36.5).

El colosal aumento de las facultades otorgadas a los funcionarios para reprimir el derecho de reunión y manifestación hacen difícilmente aplicable el artículo 540 que sanciona a la autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes.

Por si fuera poco, ahonda en el carácter intimidatorio del ejercicio del derecho la infracción administrativa del art. 36.23, que sanciona el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información. Se pretende de este modo acabar con uno de los escasos medios de prueba de los que dispone el ciudadano frente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Recuérdese que la declaración del funcionario goza de presunción

²⁷ CUERDA ARNAU, M/ OLOQUIEGUI SUCUNZA, I, Atentado, resistencia y desobediencia. En Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 959 y 960.

de veracidad salvo prueba en contrario y la grabación realizada puede serlo (art. 19.2).

Es un precepto que vulnera los artículos 25.1, 9.3 y 20.2 CE, al ser contrario al principio de taxatividad y censurar la libertad de información y un medio de prueba. Bien es cierto que el artículo 8.2 LO 1/1982, prohíbe la difusión de imágenes de funcionarios, sin embargo, la STC72/2007, de 16 de abril, estima que pueden tomarse imágenes cuando la fotografía se realice en un lugar público, durante el desarrollo de un acto público y a un funcionario en el ejercicio de sus funciones sin peligro para la seguridad. Asimismo, la STC 168/1986, de 22 de diciembre extiende tal capacidad no solo a los medios informativos sino a la colectividad.

Por el contrario, el artículo 22 permite a la FCS la grabación de personas, lugares, objetos conforme a la legislación vigente. En resumen, el mundo al revés, los ciudadanos no pueden grabar las prácticas abusivas mientras que los funcionarios pueden capturar la imagen de los ciudadanos mientras ejercen un derecho fundamental. En esa línea de hiperprotección de las FCS, se prevé un supuesto que resucita el derogado delito de desacato pues, sin haber una lesión del honor, se sanciona la falta de respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, con una pena de multa de uno a tres meses (art. 556. 2). Por si fuera poco, en el supuesto de que la falta de consideración no sea constitutiva de delito, esto es, insignificante, se aplicará la infracción leve del artículo 37.4 de la LOPSC que rescata la infracción administrativa de desacato.

IX. Análisis penal del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Tras este repaso por una parte del arsenal legislativo con el que se pretende amedrentar al movimiento de protesta, es necesario analizar cómo puede resolverse jurídicamente el exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Inicialmente hay que distinguir entre aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho fundamental perturba la normal tranquilidad de la persona o grupo, respetando los requisitos esenciales y accidentales de la causa de justificación, de aquellos otros en los que se produce un exceso en el ejercicio del derecho. Al primer caso pertenecen los denominados “escraches”. Estas reuniones frente a edificios de políticos, casas de representantes públicos, sin duda generan una ligera perturbación de la actividad normal del afectado o afectados por el ejercicio del derecho fundamental, que es parte integrante del núcleo esencial de la causa de justificación. El ejercicio del derecho en estas situaciones sería un elemento de valoración global del hecho que, de concurrir, daría lugar a la atipicidad del comportamiento, de no lesionarse valores como la libertad ideológica, el derecho a la intimidad, honor, libertad de movimientos, libertad de decisión, el comportamiento es atípico. En esta dirección, el Auto de AP MADRID, sección 16, auto 81/14, 29/1/2014, (Ponente: Isabel Valldecabres Ortíz), en el caso de la concentración o manifestación por la Plataforma Afectados por la Hipoteca, estimó que en las conductas analizadas no concurre la violencia o la fuerza en las cosas propias del delito coacciones y, por el contrario, forma parte de la libertad de expresión que es corolario del ejercicio del derecho de manifestación.

Otro ejemplo de ejercicio legítimo del derecho aparece representado en los cortes de tráfico o incluso la invasión de la vía pública durante espacios

cortos de tiempo, que no pueden considerarse un ataque a la paz pública, un impedimento al ejercicio de los derechos fundamentales o un peligro para personas o bienes (SSTC 225/2002, de 9 de diciembre; 42/2000, de 14 de febrero). En esa dirección, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 59/29 de marzo de 1990, afirmó que la noción de orden público ha de ser interpretada de conformidad con la Constitución, "pues los conceptos de "paz pública" y de "orden público" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho". Así, interpretó que no concurría el delito previsto en el derogado art.246 del CP si la ocupación de la carretera se efectúa sin peligro para las personas o bienes ya que "aun admitiendo que la alteración al orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes". Por todo ello, "si no se ha probado que se impidiese el paso a quien lo solicitara, tampoco se ha podido probar la restricción del derecho a la libre circulación de los conductores, quienes si permanecieron pasivos, fue, posiblemente, porque voluntariamente asumieron las molestias ocasionadas por los manifestantes, con lo que tampoco cabe hablar siquiera de infracción de "orden público", máxime cuando los recurrentes ejercitaban un derecho fundamental que también integra el concepto de "orden público"²⁸.

Otra cuestión diferente es cómo solucionar los supuestos en los que se ejercen los derechos fundamentales sobrepasando los límites legales, excediéndose de algún modo, aunque sin llegar a la violencia contra las personas. En tales circunstancias, ¿cabe aplicar la eximente del ejercicio legítimo del derecho, la eximente incompleta o ninguna de las dos?

En el ámbito del Derecho penal nos encontramos con distintos escenarios donde se plantea y resuelve esta discusión. Así, en el contorno de la represión penal del "odio" pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia. Sorprendentemente, uno de los argumentos más recurrentes empleados por un sector judicial y doctrinal para justificar la punición de la incitación al odio u hostilidad, es el denominado "discurso del odio" elaborado por el TEDH (citado expresamente por la Recomendación núm. R (97) 20, Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997).

Pero, como digo, pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando éstas contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia. Ciertamente es que de alguna sentencia del TEDH parece desprenderse la legitimidad de cualquier forma directa o indirecta de incitar al odio. Así, cuando se afirma: "la libertad de expresión tiene un límite en el discurso del odio y que es necesario tipificar penalmente las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia...." Al tiempo que exige que las «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas en lo que respecta al discurso de odio y a la apología de la violencia sean proporcionadas al fin legítimo perseguido"

²⁸ Vid.F.J.n.5 y F.J. 8

(Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81); Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82). Sin embargo, pese a tal declaración de principios, el TEDH, en la práctica, en escasas ocasiones ha permitido que el Estado limite la libertad de expresión cuando no se incita a la discriminación o violencia. Así, el TEDH, 1994\36, en uno de los primeros asuntos sobre los límites de la libertad de expresión y el discurso del odio (Caso Jersild contra Dinamarca), analizó la condena sufrida por un periodista al ser considerado cómplice en la difusión de declaraciones racistas. Pues bien, en este supuesto, el Tribunal estimó que la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión no era «necesaria en una sociedad democrática», a la vez que los motivos empleados eran desproporcionados al fin contemplado. En otro supuesto, en el Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81) se estudia como constitutivo de provocación al odio el hecho de calificar las instituciones contemporáneas de laicas y de «impías», criticar violentamente nociones como la laicidad y la democracia y el hecho de militar abiertamente a favor de la sharia. El Tribunal razona que el simple hecho de defenderla, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un «discurso de odio». Igualmente, en el caso Otegi Mondragón, contra España (TEDH 2011/30), aunque se recuerda que el discurso político también se encuentra limitado por el discurso del odio y la incitación a la violencia (Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82), el Tribunal admite como lícito el recurso a un lenguaje provocador: « ¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?». El Tribunal sustenta que “le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones”. En cuanto a las críticas al Rey, se considera que, pese a llegar a tener una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio. En conclusión, las meras expresiones, discursos o informaciones de odio únicamente se castigan en la medida en que supongan una incitación a la discriminación o violencia, es decir, cuando engendren el peligro potencial de actos discriminatorios o violentos. Si tal peligro no concurre, faltaría un elemento del tipo y quedaría impune. En consecuencia, el exceso en el derecho de libertad de expresión no debe interpretarse como incitación directa o indirecta a la discriminación o violencia sino como integrante del derecho fundamental.

Otro de los delitos que afectan al ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de huelga (coacciones a la huelga del 315.3 del Cp), ha dado lugar a controvertidas decisiones judiciales sobre los límites del ejercicio de ese derecho. Es cierto que el punto de partida no es tanto la interpretación judicial sobre el alcance de las coacciones como la necesidad de un tipo autónomo que sanciona el desvío del derecho fundamental, que estigmatiza a los piquetes de huelga informativos, incurriendo en un execrable Derecho Penal de autor²⁹.

El ejercicio del derecho de huelga debe estudiarse como causa de justificación en el delito de coacciones o amenazas y el exceso en ese derecho

²⁹ POMARES, CINTAS, E, La Revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015. En Comentario a la reforma penal de 2015. Director QUINTERO OLIVARES, G. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 638 y ss.

debe valorarse como una eximente incompleta, ante la ausencia de requisitos no esenciales, o el error de prohibición. Salvo, claro está, que se estime que en el delito del 315.3, la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no es una causa de justificación sino un elemento de valoración global del hecho que excluye la tipicidad y el error sobre el mismo, un error de tipo.

La cuestión a debatir es si el ejercicio del derecho de huelga por parte de los piquetes abarca la realización de comportamientos que pueden llegar a ser “molestos” para otros ciudadanos. En ese sentido, la STS de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8053), reconoce la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho de huelga y el derecho al honor, reconociendo que un intercambio de insultos entre trabajadores huelguistas y no huelguistas no resulta sancionable, o la inclusión de términos o expresiones duras en panfletos u octavillas o la utilización de un megáfono para intentar convencer a los trabajadores de no entrar a trabajar no atenta contra la libertad de trabajo.

Otra de las cuestiones a debatir es la interpretación del término “violencia” en el delito de coacciones. De aceptarse que, además de la física ejercida sobre el sujeto pasivo, forma parte de la misma la “vis compulsiva” y la fuerza sobre las cosas, verdaderamente se dejaría sin contenido material el derecho fundamental de huelga que exige el uso de métodos de presión, expresiones probablemente incorrectas y determinadas contrariedades ocasionadas a terceros³⁰. Tales “molestias” –excesos leves- forman parte del derecho (efecto desaliento) y, en consecuencia, serían atípicas (ATC 193/1993; SAP Lugo, Sección 2ª, 114/2004, 28-10). En esta dirección, ATCSJA (Ponente: Miguel Pasquau Liaño), 4/02/2013 (TOL3.882.442), estimó que “carecen de toda relevancia penal por no exceder de los límites constitucionalmente garantizados, según jurisprudencia conocida del Tribunal Constitucional (desde la STC 24 diciembre 1988), del ejercicio del derecho de huelga y libertad sindical...., que permiten la presencia en grupo en establecimientos en los que hay trabajadores que no han secundado la huelga con la finalidad de requerir su adhesión a la misma, siempre que la presión no emplee métodos violentos o coactivos. No es pues, constitutivo de infracción penal afejar la conducta a quienes no secundan la huelga ni acudir en masa a los establecimientos abiertos al público sin más arma que la palabra, el ruido o la presencia física, con la finalidad de provocar que los responsables de los mismos tomen la decisión de cerrar el establecimiento, a menos que, manifestada por éstos la decisión de mantenerse en el puesto de trabajo, el piquete lo impida físicamente o mediante amenazas verosímiles”. Igualmente, la SAP Lugo 21/2013, 14/02/, aplicó una falta de coacciones del art. 620 a la expresión: “atente a las consecuencias” y por lanzar un petardo al interior del local. El argumento sustentado es el siguiente: “Resulta prácticamente una obviedad que el ejercicio de un derecho como lo es el derecho de huelga ha de generar en la relación de los promotores de la misma con los trabajadores o empresarios determinadas situaciones de conflicto que, por esa misma situación de crisis de la situación laboral normal, nos ha de llevar a ponderar de una manera más laxa la necesidad de que el derecho penal acuda a sancionar ese tipo de acciones”. En esta misma línea, diversas decisiones judiciales descartan la existencia del delito de coacciones a la huelga por no concurrir el

³⁰ POMARES, CINTAS, E, La Revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015. En Comentario a la reforma penal de 2015. Director QUINTERO OLIVARES, G. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 638 y ss

elemento violencia, asumiendo ciertos excesos como integrantes del ejercicio del derecho. Bien es cierto que en la mayoría de los casos se opta por la aplicación de faltas (hoy derogadas). Así, la SAP SANTANDER, 151/2013, 8/4/, aplica una falta de coacciones por retirar la señalización en una autovía; la SAP de Córdoba, 95/2013, 20/3/, una falta de coacciones por la frase: “si no contrata a alguien puede tener problemas”; la SAP de Álava 369/2012, 27/11/, absuelve por una falta de desobediencia; la SAP VALENCIA, 164/ 2011, 3/03/, condena por falta de coacciones que absorbe a la de injurias: “coged la matrícula a ese cabrón”, en un supuesto en el que el sujeto activo se abalanza sobre un vehículo que no quiso parar, golpeándolo y arrancando el limpiaparabrisas; la SAP SANTANDER, 183/ 2011, 24/4/, aplica una falta de desobediencia a la guardia civil y niega la falta de coacciones por colocarse delante de un camión repartidor de señales; la SAP Madrid 3/2008, 16/4/, absuelve por inexistencia de indicios de delito en la frase “su política iba a llevar a la ruina a la empresa”; la SAP Ourense, 77/2006, 26/10, absuelve al estimar que los términos “fachas”, “esquirols” no tienen un ánimo intimidatorio.

Diferente solución hay que ofrecer a los supuestos de excesos graves del derecho de huelga. Habría que recurrir a las eximentes incompletas o al error de tipo o prohibición en función de si opta por la interpretación del elemento de valoración global del hecho.

X. ¿Supuso la propuesta del 15-M: “*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*” un exceso grave del ejercicio del derecho de reunión y manifestación?

En este contexto es donde hay que analizar finalmente las acciones convocadas por el Movimiento de Protesta 15-M: “*Aturem el Parlament*” con el objetivo de evitar que el Parlamento adoptara la decisión de seguir reduciendo los gastos sociales. La cuestión a dilucidar es si los comportamientos realizados forman parte del ejercicio legítimo de un derecho a la manifestación, a la libertad de expresión, a participar directamente en los asuntos públicos o, por el contrario, se sitúan en el ámbito de las conductas típicas de los artículos 498 (delito contra las instituciones del Estado) o 550 (atentado).

La SAN 31/2014, 7/7/2014, Ponente Ramón Sáez, entiende que “hay que “admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica...” Se decanta por la teoría del exceso o abuso del derecho que no acaba por desnaturalizarlo “entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el Derecho público o privado sin necesidad de intervención penal”. Para diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal hay que atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso (STC 104/2011). Concluye que algunas de las conductas mencionadas, sólo algunas, pudieran parecer coactivas, sin embargo carecían de idoneidad necesaria y entidad suficiente como para ser consideradas típicas. En definitiva, la AN estima que no se daban los elementos típicos del 498 y, en todo caso, las conductas estaban amparadas en el ejercicio legítimo de un derecho (efecto desaliento) que absorbe las

conductas de escasa lesividad para, de ese modo, proteger el ejercicio del derecho de manifestación y libertad de expresión³¹.

Frente a esta posición, la STS 161/2015, 17/3/2015, (Ponente M. Marchena), considera que no puede alegarse la causa de justificación del 20.7 CP, que la SAN yerra a la hora de solucionar el conflicto por no ser correcta la evaluación de los valores constitucionales en juego. Según el TS la AN pondera la libertad de expresión y el derecho de reunión con el derecho al honor de los representantes públicos cuando realmente debería realizar la comparación entre expresión/ reunión y el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el Órgano legislativo (art. 23.1 CE, el derecho a desarrollar y ejercer libremente sus cargos). Interpreta el TS que las conductas analizadas entorpecieron la labor de los representantes y de ese modo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, concretamente, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Por estas razones, estima la presencia de un delito contra las Instituciones del Estado (artículo 498) y condena a penas de tres años.

A mi juicio, de la lectura de los hechos se llega a la convicción de que en ningún momento existió la finalidad de limitar la capacidad de decisión de los parlamentarios, de prohibir o impedir su acceso al recinto y sí, por el contrario, de expresar el malestar de la población ante los recortes económicos y sociales, de comunicarles el sentir y la preocupación de un colectivo por esta deriva neoliberal. A la falta del elemento subjetivo del 498 hay que añadir que los hechos evaluados son atípicos al no integrarse en las diferentes conductas de los artículos 498 y 550. En efecto, no concurre fuerza, violencia, intimidación o amenaza en ninguno de los hechos demostrados: levantar una mano y el brazo derecho ante un diputado; acercarse a un vehículo, tocando la carrocería; intento de abrir las puertas del coche y lanzar varios golpes al aire; arrojar un cono de plástico de señalización a la calzada; pintar la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un *spray*, ensuciar el bolso de una diputada; no poder entrar por una determinada puerta, interponerse brazos en cruz ante un diputado. Como acertadamente afirma Perfecto Andrés Ibáñez, en voto particular a la sentencia del TS 161/2015, el seguir, interpelar, corear consignas, manchar la ropa, son conductas que no integran los elementos típicos: fuerza, violencia, amenazas.

Es verdad, que respecto a algunas de las conductas realizadas podría discutirse si concurren o no elementos de carácter intimidatorio. Ahora bien, no se ha llegado a identificar a los responsables de perseguir a un diputado, coger del brazo a una diputada, rociarle con líquido, etc, por lo que de ningún modo puede aplicarse el artículo 498 salvo que el Derecho penal recurra a la vetusta e inconstitucional responsabilidad objetiva.

Respecto a la cuestión de fondo del debate entre AN y TS, hay que comenzar aclarando que la AN resuelve el caso mediante la atipicidad de los comportamientos, no a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, como erróneamente piensa el TS al hacer girar el debate en

³¹ Un argumento calificado como “impecable” por MAQUEDA ABREU, M, LA CRIMINALIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO. El imparable ascenso de las “clases peligrosas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 17-12 (2015), p.28.

torno a la ponderación entre valores. De otra parte, en cuanto a la comparación realizada por el TS, sin poner en duda la labor de los diputados como representantes públicos de los ciudadanos (art. 23.1 CE) y la necesidad de su protección frente a los que impidan su labor, esta no es la situación que se analiza. Los diputados pudieron realizar específicamente su trabajo sin cortapisas y, además, como el mismo artículo 23.1 establece, pero olvida el TS, los ciudadanos tienen el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, y qué mejor forma que hacerlo a través del ejercicio del derecho de reunión. De lo que se desprende que los representantes públicos tienen el deber de atender todas las peticiones que los ciudadanos les transmitan en el uso del ejercicio de sus derechos constitucionales; en el caso que se analiza, se les transfiere el deseo de un colectivo de ciudadanos de que se adopten decisiones que no supongan un recorte de los gastos sociales.

En resumen, las conductas del caso de *“Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades”* (Paremos al/el *Parlament*, no permitiremos que aprueben recortes), son atípicas, sólo en la hipótesis de que no lo fueran, que se tratara de un exceso grave en el ejercicio del derecho podría plantearse la conjetura de la ponderación entre los derechos de reunión, libertad de expresión, derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos, y, como dice el TS, el derecho de los ciudadanos a participar (indirectamente) en los asuntos públicos a través de sus representantes. Entonces habría que decidir si se está ejercitando el derecho constitucional o excediéndose en el mismo, lo que podría dar lugar a la eximente incompleta siempre que se aglutinen los requisitos esenciales de la causa de justificación.

Por otro lado, cuando el exceso es leve entra en juego la tesis del efecto de desaliento³². Aunque, reitero, es atípico; no obstante, en la suposición de que no lo fuera, coincido con Ramón Sáez en que se ha ejercitado la libertad de expresión y el derecho de reunión conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio y, consiguientemente, se ha llevado a cabo dentro de los límites fijados por la Constitución. Sólo cuando, que no es el caso, estemos ante supuestos de excesos graves en el ejercicio del derecho, tal extralimitación no se justificaría, aunque siempre puede recurrirse a la eximente incompleta del 20.7 Cp.

³² En ese sentido, la STC 232/2002, de 9 de diciembre.