

EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: EL ORDEN PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONTENCIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES.

Concepción Sáez Rodríguez, Secretaria Judicial. Miembro de la Plataforma "Otro derecho penal es posible"

"... El orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convertiría en el mayor peligro para el ejercicio de ese derecho de libertad".

STC 46/2001, de 15 de febrero.

I. INTRODUCCIÓN.

El profesor Gimbernat concluía, en septiembre de 1983, su prólogo a la edición de esa fecha en Tecnos del Código Penal, texto refundido de 1973, del siguiente modo: *"La elaboración de un nuevo Código Penal dentro de un marco democrático es una ocasión que suele presentarse sólo de siglo en siglo; dichoso el penalista que puede asistir a ella"*. Por supuesto él desconocía entonces - como la mayoría de los juristas interesados en el devenir de nuestra legislación penal - que el proyecto de Código de 1983 correría la misma (mala) suerte que el de 1980, y que hasta doce años más tarde no vería la luz el llamado "Código Penal de la democracia", un texto legal que entró en vigor casi 18 años después de la Constitución y que en 16 años de vigencia ha sido reformado unas treinta veces, pese a lo cual acogerá -con el Anteproyecto de Ley Orgánica aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 11 de octubre de 2012- una modificación que por su amplitud y profundidad tiene más de nuevo texto que de reforma parcial.

No ha sido preciso, pues, esperar un siglo para asistir a la derogación *"de facto"* del CP de 1995 porque se ha ido fraguando de a poco, sin tregua, hasta conseguir que las intermitentes pero constantes transformaciones parciales completen una metamorfosis total, aunque –contra lo enunciado por Gimbernat- haya pocos motivos de dicha, y no sólo para los penalistas.

A continuación se abordará la reforma del Libro II en lo que afecta al aspecto que mejor refleja, por su tenor y su formulación, el auténtico "espíritu" de esta reforma, el referido a los delitos contra el orden público del Título XXII, concretamente, los Capítulos II, "De los

atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y de la resistencia y desobediencia”, y III “De los desórdenes públicos”.

Si la alteración cuantitativa de estos capítulos afecta a todos sus artículos menos tres, deroga dos e introduce otros tres, es decir, afecta a doce preceptos sobre quince. Pero más significativo que la cifra de preceptos alterados resulta su contenido, que pasamos a examinar a continuación, analizando cada uno de los preceptos afectados en ambos Capítulos intentando obtener una visión de conjunto sobre la materia reformada y en consecuencia estar en condiciones de valorar lo que de la reforma se deriva, la explícita regresión en el significado dado al bien jurídico protegido, y el objetivo globalmente pretendido con todo ello.

II. CAPÍTULO II. EL DELITO DE ATENTADO Y SUS VARIANTES.

1. Las explicaciones del pre-legislador: contenido de la Exposición de Motivos.

La exposición de motivos (EM) del Proyecto de Ley Orgánica (PCP) no ha experimentado la más mínima modificación respecto de la presentada por el gobierno desde el primer Borrador hecho público en julio de 2012, pese a que a lo largo de los hitos por los que aquél fue pasando (Borrador- Primer Anteproyecto, octubre, 2012 – Segundo Anteproyecto, abril, 2013 – Proyecto, septiembre, 2013) se han constatado algunas alteraciones.

En la EM se da cuenta de la introducción de una “**nueva definición del atentado**” en la que –contra lo que se llegó a anunciar en los medios por algunos los responsables de Ministerio del interior antes de la publicación del primer Borrador- no está incluida la resistencia pasiva, que “continúa sancionándose con la pena correspondiente a los supuestos de desobediencia grave” del art. 556 CP, mientras que los tipos que castigaban la desobediencia leve como faltas, previstos en el libro III (que se deroga), pasan a ser “corregidos administrativamente”. Hay que observar que el programa del gobierno en torno al tratamiento de la seguridad y el orden público fue reflejando las variaciones que permitían acomodarlo al cariz de los acontecimientos que lo largo del año 2012 se traducían en protestas –en la calle, sobre todo- de los ciudadanos frente a las políticas económicas y financieras del ejecutivo en respuesta a una crisis que ha implicado recortes de derechos vinculados con la sanidad, la educación y la administración de justicia, y la implementación de una reforma laboral¹ tan intensa y regresiva que para muchos expertos representa el derribo de los pilares sobre los que se ha construido y asentado nuestro derecho del trabajo². El Borrador del Anteproyecto de reforma de la LO 10/1995 hecho público en julio de 2012 reflejó una suerte de síntesis de los vaivenes que en esta y otras materias se fueron produciendo durante la primera mitad del año. Por lo mismo, el Anteproyecto aprobado por el gobierno en octubre, manteniendo intactos los fundamentos ideológicos de la reforma, introdujo, no obstante, alteraciones notables en buena parte de su articulado respecto del primitivo Borrador. Sin

¹ Concretada en el Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que fue tramitada como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, y provocó la convocatoria de la primera huelga general del año 2012, el 29 de marzo.

² Así se sostiene por Joaquín APARICIO TOVAR en “Demolición del Derecho del Trabajo: La reforma laboral de 2012”, Revista Jueces para la Democracia, número 75, noviembre-2012.

embargo, el segundo Anteproyecto, el presentado para informe al Consejo de Estado, tras recabar los del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, tan sólo realizó algunas alteraciones en los arts. 551 y 557 ter del primer Anteproyecto, y finalmente el Proyecto de septiembre de 2013 modificó parcialmente los arts. 554 y 556. A todo ello nos referiremos más adelante con más detalle.

Más adelante, la EM informa de que **el límite del suelo de las penas** se verá reducido. Esta aseveración también merece una réplica: la reducción en el límite de las penas supondrá – como en tantos otros tipos afectados por la derogación del Libro III- que muchas de las conductas que se hoy se enjuician y, en su caso, castigan como faltas pasarán a serlo como “formas leves” de la infracción ya, en todo caso, delictiva; por otra parte la llamada “corrección administrativa” si no es aplicada con mesura y equilibrio, puede dar lugar a consecuencias –de hecho- de similar gravedad y carga punitiva que la aplicación misma del Código Penal³, no sólo por el número de eventuales afectados y por el importe de la sanción impuesta sino también porque, en sede administrativa, la laxitud en la aplicación de las garantías procedimentales que formalmente protegen el ejercicio de los derechos es un hecho, y los gastos y cargas derivados de una eventual pretensión de tutela judicial por la vía contencioso-administrativo ejercitada por quienes consideren lesionados sus derechos, infinitamente más onerosas⁴.

Las **circunstancias agravatorias** se desgranán en la EM dando la falsa sensación de que se amplían, cuando lo que ocurre es que la descripción es excesivamente casuística aunque las conductas definidas caben sin dificultades en el actual artículo 552, 1ª, mientras desaparece el prevalimiento en el tipo de atentado introduciéndose, sin embargo, en los desórdenes públicos del capítulo III, sin que el pre-legislador explique en ninguno de los casos el motivo.

También se menciona la inclusión como **sujetos protegidos**, además de aquellos ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la Autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública, lo que venía siendo admitido en los últimos años por la jurisprudencia⁵. Lo que no menciona es la sorpresiva introducción del personal de seguridad privada en el tránsito de Anteproyecto sujeto a informes a Proyecto de Ley Orgánica, sin que se alcance a comprender el motivo no sólo porque no se indique –como queda dicho- en la EM, sino porque no ha sido

³ El uso abusivo del procedimiento administrativo sancionador se está ya generalizando. No sólo se infiere de la evidencia de su práctica sistemática en las reuniones y manifestaciones convocadas y desarrolladas conforme a la legalidad, sino que parece acreditado por las denuncias de los propios sindicatos policiales. Así, el secretario general del Sindicato de Policía SIPE, Alfredo Perdiguero, declaró públicamente el pasado 17 de noviembre de 2012 con ocasión de la celebración de una manifestación por la defensa de los derechos del colectivo policial que, “desde el Gobierno, se les está obligando a realizar identificaciones masivas e indiscriminadas” sobre los ciudadanos que ejercitan su derecho de reunión y manifestación, que desembocan en la incoación de expedientes administrativos sancionadores de los que resulta la imposición de sanciones pecuniarias de hasta 600 euros. Y así se ha hecho constar en la querrela interpuesta por Izquierda Unida y admitida a trámite, ante los Juzgados de instrucción de Madrid, contra la delegada del Gobierno en esta Comunidad Autónoma, la Sra. Cifuentes, por presuntos delitos de falsedad documental, contra la Administración Pública y contra la Constitución cometido por autoridad o funcionario público por vulnerar derechos individuales”.

⁴ Especialmente tras la entrada en vigor de la Ley de Tasas, que implica el abono de las cuotas tributarias conforme al cuadro establecido en el art. 7 de la citada Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁵ Por todas, STS de 4 de diciembre de 2007.

indicado ni sugerido en los informes emitidos por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado⁶.

Hasta aquí las parcas explicaciones del pre-legislador a la reforma del Capítulo II, que afecta a cinco de sus seis artículos, modificando cuatro y derogando uno, y que vemos a continuación.

2. El articulado afectado.

El capítulo II del Título XXII del Libro II del CP está integrado por los arts. 550 a 556, ambos inclusive. Ésta es la incidencia de la reforma del Anteproyecto gubernamental en dicho capítulo:

- Art. 550. 1.- Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Las acciones típicas en el delito de atentado del actual art. 550, acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave y resistencia activa grave, pasan a describirse en el anteproyecto como agresión, acometimiento, o resistencia con violencia⁷ o con intimidación grave.

En el informe al Anteproyecto emitido por la Fiscalía General del Estado (en adelante, IFGE), se valora positivamente la exhaustiva descripción de las conductas y su mayor precisión al emplear el verbo “agredir” en lugar de “emplear fuerza”. Para la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ que elaboró el informe de este organismo (en adelante, ICGPJ), el empleo del término “agredieren” y “acometieren” es una redundancia ya que esta última conducta engloba a la primera; en suma, “acometer equivale a agredir”⁸.

Como hemos visto, la EM pone de relieve que la nueva definición de atentado no incluye la resistencia pasiva, sin embargo, la eliminación en el Anteproyecto de la calificación “grave” referida a la violencia en la resistencia del art. 550, que sí estaba en el Borrador, permite temer que la exclusión después de todo no sea tan evidente y que, por el contrario, puede facilitar que la constatación de un episodio de violencia siquiera leve en un

⁶ Aunque con oscilaciones jurisprudenciales, a partir de la STS de 25 de octubre de 1991, luego refrendada por la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada, no se les reconoció el carácter de agentes de la autoridad que se les otorgó con anterioridad fundado en el Decreto de 10 de marzo de 1978 que reconocía a los vigilantes jurados el carácter de agentes de la autoridad, así como en el art. 283.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que declara que “constituirán policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales: ... 6, guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración (...)”. En el mismo sentido se indicó en la Consulta 3/93 de 20 de octubre de la Fiscalía General del Estado, aunque precisando que, conforme al art. 14 de la Ley 23/1992 y el art. 4.2. de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la medida en que auxilien y colaboren con aquéllos, se les podría aplicar el art. 555 CP. Parece que el pre-legislador se ha adelantado a las previsiones de la que será próxima Ley de Seguridad Privada cuyo Proyecto, a fecha 19 de octubre de 2013, se está tramitando en el Congreso.

⁷ Violencia que, frente a la que se preveía en el Borrador, ya no tiene que ser grave.

⁸ Entre otras y por todas, STS de 4 de junio de 2010. Entre las acepciones que reconoce la RAE a la palabra “agresión”, está la de “acto de *acometer* a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño”.

comportamiento general de resistencia pasiva termine dando lugar a una calificación y condena por delito de atentado.

El apartado 3 del art. 550 mantiene la sobreprotección a las altas autoridades del Estado, es decir, el incremento de la pena en función del sujeto pasivo de la acción y, además, la amplía, en el Borrador, a Jueces y Magistrados, y ya en el Anteproyecto la extiende también a los miembros del Ministerio Fiscal. Lo que para muchos es un “residuo de viejas concepciones”⁹ ya depurado en la mayoría de las legislaciones penales de nuestro entorno, para otros se trata de un privilegio que –de considerar oportuno mantener- debiera serlo trasladándolo al Capítulo III, Sección 1ª del Título XXI, los “Delitos contra la instituciones del Estado”, mientras que hay quien sostiene que debiera ampliarse, por ejemplo, a los miembros del Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo o, como se indica en el ICGPJ, a los Magistrados del Tribunal Supremo como categoría específica.

Art. 551. *“Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado se cometa: 1 Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos. 2 Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes olíquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos. 3 Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.”*

La desaparición de la agravante específica de prevalimiento del art. 551,2ª no resulta particularmente destacable, teniendo en cuenta la presencia de la genérica circunstancia 7ª en el art. 22 CP.

Respecto de la exhaustiva relación del artículo reformado, de ella ha desaparecido, en el Proyecto de Ley, la cláusula de cierre abierta que en los Anteproyectos integraba el número 4. Con todo, el redundante número 2 y el ya contemplado como medio peligroso acometimiento con vehículo de motor por la jurisprudencia¹⁰, permiten identificar el número 1 de la reforma con la actual circunstancia 1ª del mismo artículo. Con alguna precisión: frente a la actual aplicación de la utilización del arma u otro medio peligroso para la agresión o el acometimiento, “el uso de armas u otros objetos peligrosos” del artículo reformado ya no se vincula al comportamiento agresivo sino que puede predicarse de cualquiera de los que integran la definición de atentado en el artículo anterior, incluida la resistencia mediando intimidación grave.

El Anteproyecto deroga el artículo 552 y no modifica el artículo 553 que –recordemos- se refiere a los actos preparatorios.

Sí resulta modificado el **artículo 554**, que en su apartado 1 define como atentado los hechos descritos en los artículos 550 y 551 si se cometen contra un miembro de las fuerzas armadas, de uniforme y prestando un servicio legalmente encomendado. Llama la atención que, en la descripción de lo que hemos de entender por “fuerza armada”, literalmente idéntica al actual art. 554.2, haya desaparecido, sin embargo, la exigencia de que el servicio que se

⁹ JAVATO MARTÍN,- A.M., “El delito de atentado. Modelos legislativos”, Ed. Comares, 2005, pág. 316.

¹⁰ Vid. STS 984/2006 de 19 de julio, entre otras.

esté prestando le haya sido reglamentariamente ordenado, lo que conduce a considerar que se podría estar otorgando la protección de estos tipos a los miembros de las fuerzas armadas que no sigan órdenes reglamentarias o, incluso, que sigan órdenes anti-reglamentarias. Tan llamativa omisión no ha merecido, sin embargo, mención alguna ni en el informe de la FGE ni en el del CGPJ.

Los apartados 2 y 3 del art. 554 equiparan penológicamente el atentado propio a determinados comportamientos, de diferente contenido y menor amplitud que los definidos en el art. 550, cuando se dirijan contra las personas que auxilien a la autoridad, sus agentes o funcionarios y a bomberos y personal sanitario o equipos de socorro, en las circunstancias típicamente descritas (que en el número 3 incorpora un inesperado elemento finalista en el tipo). Las conductas castigadas consisten en acometer o emplear contra aquéllos violencia o intimidación (que, en el supuesto del art. 554.3 ha de ser grave).

El art. 554.2 contempla una protección –ahora más castigada- ya prevista en el actual art. 555 (que la reforma deroga), y el 554.3, como ya se indicó, traslada a la norma el carácter público de la actividad de bomberos, personal sanitario y equipos de socorro ya reconocido jurisprudencialmente. Como ya se ha indicado, tanto en el art. 554 como más tarde en el art. 556, el pre-legislador ha incluido en el ámbito de protección de los tipos de atentado, básico y agravado, así como de la resistencia y desobediencia grave *“al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y cuerpos de Seguridad”*.

El actual **artículo 555**, ya hemos dicho que queda sin contenido en la reforma, y el **artículo 556** describe la acción típica – resistencia pasiva y desobediencia grave- casi en los mismos términos que el actual, con la ampliación del sujeto pasivo que se acaba de indicar, y una penalidad más leve, al situar la pena mínima de privación de libertad en tres meses y dar entrada a la eventual imposición de la pena de multa de seis a dieciocho meses.

III. CAPÍTULO III. EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS.

1. Sobre el pretendido origen decimonónico e indefinición de la regulación que se reforma.

Podemos leer en la EM del Anteproyecto que “la anterior regulación de la alteración del orden público –de origen decimonónico- no definía el delito, sino que yuxtaponía una serie de conductas punibles, lo que generaba problemas de tipicidad, en algunos casos, y concursales en otros”.

El origen decimonónico es, desde luego, predicable de buena parte de los tipos recogidos en el actual CP, heredero directo de una codificación que no obtuvo sosiego a lo largo del inclemente siglo XIX ni del atroz siglo XX en España. De los vaivenes normativos no se libró la normativa reguladora del orden público, no obstante lo cual mantuvo tanto en las normas ordinarias representadas por los sucesivos Códigos como en las contenidas en las leyes especiales o excepcionales una nota común, la de implicar en todo caso límites al ejercicio de

los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente los que afectan a la libertad de expresión y al derecho de reunión o manifestación.

Un recorrido a través de las leyes especiales que desde el siglo XIX han regulado el orden público en España, lo confirma. Desde la Ley de 17 de abril de 1821¹¹ hasta la LO 1/1992, pasando por la primera Ley de Orden Público de 1870, la llamada “nueva LOP” republicana de 1933, y la LOP franquista¹² de 1959, se pueden observar las intensísimas intromisiones en el ejercicio de los derechos más o menos ampliamente reconocidos en cada periodo histórico a los ciudadanos; las abundantes interferencias de la jurisdicción militar en el ámbito civil so pretexto de una más eficaz protección de un orden público concebido como protección de los intereses que sostenían al régimen político de turno, más intensas aquéllas cuanto menos respetuoso éste con los derechos y garantías individuales¹³; así como el fenómeno que Martín-Retortillo denomina “proceso de trivialización”¹⁴, que afecta desde 1870 hasta nuestros días tanto a las leyes de policía como a las sancionadoras, que han pasado de tener un carácter excepcional a convertirse en una normativa ordinaria de aplicación cotidiana.

El tratamiento en los Códigos penales históricos del orden público en su variante de control y represión de los comportamientos reputados lesionadores de la paz ciudadana no ha sido distinto del otorgado a los delitos contra el orden público en general y, por lo tanto, ha participado de idéntica indefinición conceptual¹⁵. En concreto, la rúbrica “desórdenes públicos” aparece por vez primera en el CP de 1870 dando nombre al Capítulo VI del Título relativo a los delitos contra el orden público. En los Códigos anteriores, el de 1822 y de 1848, la mención completaba otras rúbricas mezclándose en diversos capítulos del Título que se

¹¹ Curiosamente fue esta Ley, impulsada por los liberales, la que marcó la senda por la que discurriría el desarrollo y consolidación en España de una administración pública y un aparato policial que, alejados de otros modelos europeos, impediría marcar los límites con la jurisdicción militar y mantenerla en el ámbito exclusivamente castrense. Lo que, como fue ya advertido por Bentham al Conde de Toreno a propósito de la posterior redacción del CP de 1822, situaba “a las autoridades civiles en el sometimiento y la subordinación a las autoridades militares, dando a los militares el poder de juzgar su propia causa todas veces que les venga en gana entrar en conflicto con los simples ciudadanos”. Citado por ALONSO DE ESCAMILLA, D: “La legislación histórica de orden público”, en “El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz”, Aranzadi, 2001, pág. 926.

¹² De la que ha dicho Alejandro Nieto fue “emblema de autoritarismo y cobertura de todos los abusos imaginables del poder”. NIETO, A., “Derecho administrativo sancionador”, Tecnos, 1993, pág. 157.

¹³ El régimen franquista fue, en este sentido, paradigmático. Ya desde el Decreto 55 de 1 de noviembre de 1936 pasando por el Decreto-Ley de Bandidaje y Terrorismo, de 1947, que se mantuvo vigente hasta noviembre de 1971, sin olvidar la LOP de 1959 o el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, de prevención del terrorismo, se fueron sucediendo toda una batería de normas penales de excepción aplicadas, o susceptibles de serlo, por la jurisdicción militar a conductas vinculadas a las alteraciones del férreo orden público franquista imputadas a civiles.

¹⁴ MARTÍN-RETORTILLO, L.; “La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente- al ejercicio de los derechos”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1975, pág. 48.

¹⁵ La dificultad para hallar un concepto unitario de “orden público” se incrementa cuando se pretende hacer comprensivo a las distintas acepciones en las diferentes ramas del derecho a las que eventualmente afecta, civil, internacional privado, administrativo y penal. De la vaguedad e imprecisión de sus contornos dan cuenta los numerosos y diversos adjetivos recopilados a partir de los textos consultados para este trabajo: ambiguo, inconcreto, confuso, oscuro, difícil, multiforme, inaprensible, pluri-semántico, huidizo, controvertido, insustancial... Así, no sorprende que parte de la doctrina haya llegado a considerarlo una pura creación del legislador.

ocupaba de los “delitos contra la seguridad interior del estado y el orden público”¹⁶. A partir de la LOP de 1933 y de la definición legal de orden público contenida en su artículo 1º, se comienzan a deslindar del concepto general dos factores diferenciados: el respeto a las instituciones del estado de derecho, representado por su normal funcionamiento, y la paz pública vinculada por primera vez con la normalidad en la convivencia ciudadana¹⁷, delimitación que pretende conservar la LOP de 1959 pese a que la referencia a las instituciones privadas y al mantenimiento de la paz interior, daba cuenta de la asunción de un concepto expansivo de orden público alejado de los principios y parámetros que han de informar las instituciones que funcionan como límites de los derechos en los estados democráticos¹⁸. Así se comprenden los intensos debates en la Comisión Constitucional del Congreso durante la tramitación parlamentaria de la Constitución, entre quienes propiciaban la sustitución del “orden público” por su ambigüedad y utilización al servicio de la ideología gobernante y quienes defendían su propiedad y oportunidad. Finalmente, al concepto de orden público se le hizo sitio en la CE y aunque entendido como respeto y garantía de ejercicio libre y pacífico de los derechos y libertades, como tiene declarado por el TC¹⁹, “se yergue amenazante sobre la práctica de importantes derechos y libertades”²⁰.

Esta extensa introducción no pretende tanto ofrecer un breve repaso a la evolución del fundamento y tratamiento de los desórdenes públicos en los últimos doscientos años de nuestra historia cuanto ofrecer una suerte de réplica a la argumentación un tanto vana de la EM del Anteproyecto gubernamental acerca de la necesidad de superar las limitaciones y rémoras del pasado por la vía de la modificación de los tipos que a continuación examinaremos, para sostener que –por el contrario, como ahora veremos– la reforma proyectada nos retorna conceptual y a veces hasta casi literalmente a la épocas de la primera

¹⁶ Pacheco, en relación con el CP de 1848, se limitó a indicar que los desórdenes públicos son, en todo caso, delitos contra el orden público, sólo esencialmente diferentes de los delitos contra la seguridad interior del estado, ubicados en la misma rúbrica, “la seguridad interior del estado y el orden público”. Citado –como la nota al pie siguiente– por TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español”, Marcial Pons, 2001, págs. 65 y ss.

¹⁷ Artículo 1 de la Ley de Orden Público de 1933 que consideraba su fundamento “el normal funcionamiento de las instituciones del estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución”.

¹⁸ El art. 1 de la Ley de Orden Público de 1959 establecía que constituyen el fundamento del orden público “el normal funcionamiento de las *instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior* y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las leyes”. La cursiva es mía. La dureza represiva aplicada a las infracciones que afectaban a aquella concepción extensa del orden público se mantuvo durante toda su vigencia, si bien –conviene recordarse incrementó aún más en los últimos años, a partir de su última modificación por la Ley 36/1971, de 21 de julio dictada para responder con mayor rigor a la presencia cada día más visible de la oposición política y sindical al régimen.

¹⁹ Entre otras, STC 18/1985 («el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público») o STC 5/1987 («tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades»).

²⁰ SORIANO DÍAZ, R.L.: “Las limitaciones al ejercicio de los derechos”, en “Derechos económicos, sociales y culturales”, Universidad de Murcia, 1981, pág. 210.

codificación decimonónica²¹ mientras que desde el punto de vista ideológico evoca las etapas más oscuras y represivas de nuestro siglo XX.

2. La reforma en artículos.

El capítulo III incluye los arts. 557 a 561 CP. La reforma afecta a tres de ellos (arts. 557, 559 y 561), introduce tres nuevos (arts. 557 bis, 557 ter, y 560 bis) y mantiene sin modificar a otros dos (arts. 558 y 560).

2.1. El artículo 557, queda redactado en el Anteproyecto como sigue:

“1.- Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.

2.- Con las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo.”

Según puede leerse en la EM los problemas de obsolescencia e indefinición que afectan a los tipos de desórdenes públicos “se solucionan mediante la definición de ‘alteración del orden público’ a partir de la referencia al *sujeto plural* y a la realización de *actos de violencia sobre cosas y personas*²²”. Cabe dudar seriamente de que –de dar por existentes los problemas indicados- éstos puedan resolverse con la fórmula que propone el pre-legislador. Especialmente si tenemos en cuenta que el sujeto plural en el tipo básico de los desórdenes públicos ya existe desde su precedente, el art. 263 del CP de 1971, y que alteración del orden público causando lesiones y daños también vienen constituyendo los modos comisivos típicos desde entonces.

Omite, sin embargo, el pre-legislador referencia alguna en la EM del Anteproyecto a la ausencia más notable: el elemento finalista, el elemento subjetivo del injusto que, añadido al dolo, acompaña a este precepto desde antes de su incorporación a este Capítulo. Este elemento característico apareció, en relación con los desórdenes públicos, con la Ley 82/1978 que desgajó el antiguo art. 263 (precepto introducido por la Ley de 15 de noviembre de 1971 de reforma del CP como una modalidad de delito de terrorismo) de los delitos contra la seguridad interior del estado, y lo ubicó en el capítulo de los desórdenes públicos pasando a ser el art. 246 CP (antecedente inmediato del actual art. 557), *sin modificación alguna en su redacción*. A raíz de la STC 59/1990 (en la que, expresamente, se declara que los conceptos de

²¹ Sólo a título de ejemplo, y anticipándonos a lo que más tarde veremos en relación con la pretendida reforma del art. 557 y del art. 559, cabe indicar que ya el CP de 1822, en aquel inestable y desdichado entorno histórico, su Título II, “delitos contra la seguridad interior del estado y contra la tranquilidad y el orden público”, regulaba la resistencia en su modalidad agravada, contemplando la reunión tumultuaria (“de personas que llegando a cuatro no ‘escedan’ de cuarenta”) y la provocación o excitación (de palabra o por escrito, directamente o por medio de sátiras o inventivas), como formas específicas de “*incitación*” a la desobediencia al gobierno o autoridades.

²² Exposición de Motivos del Anteproyecto gubernamental, capítulo XXI. La cursiva es mía.

orden público y paz pública no significan lo mismo en un sistema autocrático que en un estado social y democrático de derecho y han de ser interpretados a la luz de la Constitución), la jurisprudencia del TS puso especial énfasis en la presencia del elemento subjetivo del injusto (“con el fin de atentar contra la paz pública”), que despliega sus efectos sobre la culpabilidad y la antijuridicidad de las conductas²³, al tiempo que exigió su concurrencia en los demás tipos regulados en el –entonces- capítulo IX del Título II. El significado y alcance del elemento típico finalista incorporado al art. 557 (y por extensión jurisprudencial y doctrinalmente admitida, a los demás tipos del actual Capítulo III del Título XXI) ha dado lugar a pronunciamientos judiciales que, en resumen, se pueden condensar en dos corrientes: la que estima que no cabe la coexistencia de la finalidad típica con otra u otras lícitas (generalmente reivindicaciones sociales o laborales) y, por lo tanto, acreditadas éstas últimas, no habría cabida para la primera²⁴, y la que estima irrelevante la presencia de otras finalidades siempre que resulte probada la finalidad típica²⁵. No faltan posturas intermedias que vinculan la antijuridicidad de la conducta a la actitud de los enjuiciados, en concreto, su conducta pacífica²⁶.

La cuestión planteada en su día con la traslación del antiguo art. 263 al art. 246, ambos del CP de 1973, acerca de la incorporación a los demás tipos del capítulo “De los desórdenes públicos”, resuelta en los términos ya indicados, se reproduciría ahora en toda su intensidad, de aprobarse la reforma proyectada. Si entendemos el delito de desórdenes públicos como un tipo penal de los llamados tendenciales, más allá de que figure o no en su descripción normativa, en atención a la doctrina emanada del TC (STS 59/1990) y su mejor adecuación a las exigencias mínimas de un estado democrático, la exigencia del elemento subjetivo del injusto, siquiera eventualmente, seguiría siendo debida y exigible, aunque no cabe duda de que podría dar lugar a controversias doctrinales y a resoluciones judiciales contradictorias: la vigencia del principio de legalidad no hace sencilla la admisión de un elemento del injusto implícito, no contemplado expresamente ni inferido del contexto, que además ha sido eliminado deliberadamente por el legislador de la descripción típica.

En todo caso, parece claro que la transformación de este tipo con la desaparición de su naturaleza tendencial, vendría a convertir en innecesaria la distinción entre orden público en el sentido indicado en el anterior epígrafe, o funcionamiento ordenado de la vida pública, y la paz social, o tranquilidad en el normal desarrollo de la convivencia ciudadana que permite el ejercicio de los derechos fundamentales. Es decir, en suma, cuando menos, vendría a desdibujar el bien jurídico protegido por la norma.

Así pues, con mucho, éste parece uno de los aspectos más relevantes de la modificación que experimenta este Capítulo con el Anteproyecto. Sin embargo, como ya se ha dicho, el pre-legislador lo silencia en la EM, mientras el borrador del IFGE se limita a observar que la finalidad de atentar contra la paz pública “debe conseguirse con los actos que se mencionan”. Por su parte, el ICGPJ se limita a mencionar la desaparición del elemento subjetivo del injusto, y a añadir que “la nueva redacción sólo contempla la alteración de la paz pública como consecuencia de la acción del sujeto o sujetos activos, pero sin que sea necesario

²³ Entre otras, SSTS de 6 de febrero de 1991 y 20 de febrero de 1993.

²⁴ Entre otras, STS de 9 de noviembre de 1991.

²⁵ Entre otras, STS de 6 de febrero de 1989.

²⁶ Ver voto particular del magistrado Sr. Jiménez Villarejo en la STS de 25 de febrero de 1987.

que los intervinientes actúen guiados por ese designio, a diferencia de lo establecido en el vigente artículo 557.1”.

En todo caso, la alteración de la paz pública en el artículo reformado ya no precisa que se traduzca en un resultado concreto, bastará la ejecución de actos de violencia sobre las personas o las cosas, o mediante amenazas, sin que ni unos ni las otras requieran una especial cualificación.

Hay dos extremos más en el primer párrafo del artículo 557.1 que merecen un comentario. Ambos, en definitiva, se refieren a la ampliación del ámbito de aplicación de este delito. Por un lado esa ampliación se refiere al sujeto activo; ya no solo se contempla la actuación en grupo dirigida a una misma finalidad, que ha permitido configurar este tipo como un delito de los llamados “de convergencia”, sino también los actos individuales *amparados en el grupo* y, yendo más lejos, no sólo se castigará a los autores directos –plurales o individuales– sino a quienes les *inciten o refuercen* la disposición de aquéllos de llevarlos a cabo. Como se indica en el ICGPJ, la inclusión de estos comportamientos supone “una alteración del régimen general” establecido en los arts. 17 y 18 del CP. La incitación como forma de intervención en la perpetración del delito sólo se contempla en el CP como provocación si se realiza con publicidad. Sin llegar a utilizar el término *excitación* utilizada por el legislador de 1822 (*de palabra o por escrito, directa o por medio de sátiras*, como –hemos visto– se añadía a continuación), sí parece conducir al mismo destino: castigar, con las mismas penas, cualquier actividad dirigida a activar la voluntad del agente o a influir en la toma de decisión. En todo caso, una innovación criticable tanto desde el punto de vista técnico como dogmático, un elemento extraño en los tipos de desórdenes públicos, que amplía innecesariamente su ámbito de aplicación y se aleja tanto de la normativa de la parte general del Código como de la prevista en el Título XXII para el delito de sedición.

En segundo lugar, se amplía considerablemente la acción. Comparado el texto de la reforma con el actual art. 557, se observa que la acción típica ya no describe actuaciones concretas como la obstaculización de las vías o accesos públicos, a menos que sirvan de circunstancias que, de concurrir, agravan o atenúan la pena. La amplísima formulación del tipo básico en el art. 557.1 permite la subsunción de comportamientos que ya no es preciso que se ajusten a los descritos en el precepto. Por lo demás, el resto de las conductas contenidas en el art. 557 actual, tanto en el tipo básico como en el agravado del 557.2, tienen de algún modo acomodo, como ahora veremos, en las circunstancias que modifican la pena, en los nuevos artículos 557 bis y 557 ter.

Finalmente, el artículo comentado incluye una regla concursal que, según el pre-legislador, vendría a solventar los problemas que en este sentido se habrían detectado en estos tipos, y que como dice la EM, “prevé la imposición conjunta de las penas correspondientes a la alteración, y de las que correspondan a los concretos actos de violencia o de causación de daños que se hubieran ejecutado”.

Los eventuales problemas concursales son ahora tratados conforme a lo previsto en el actual art. 557.1 CP. Una solución positiva admitida por la doctrina y consolidada jurisprudencialmente que vino –esta vez, sí– a resolver los problemas concursales que planteaba la redacción del CP anterior con la cláusula “salvo que al hecho corresponda pena

más grave en otro precepto de este Código”, que parecía remitir al criterio de subsidiariedad del art. 8.3 CP y a la no aplicación, en los casos graves, de las penas correspondientes al delito de desórdenes públicos. Aunque esta primera lectura se atemperó al considerar que, como se trataba de ataques a bienes jurídicos distintos, no resultaban aplicables las reglas del concurso de normas sino las del concurso de delitos, con la actual redacción (“sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder [a los actos descritos en el tipo] conforme a otros preceptos de este Código”), cualquier duda o polémica al respecto estaba resuelta. No se entiende, pues, la necesidad en apariencia urgente de acometer esta cuestión, ni tampoco que la fórmula elegida implique una alteración relevante de la regla actualmente en vigor²⁷.

Ni el borrador del IFGE ni el ICGPJ se refieren al segundo inciso del art. 557.1 del Anteproyecto.

2.2. El nuevo art. 557 bis se introduce en el Anteproyecto con la siguiente redacción:

“Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:

1º. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.

2º. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

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

4º. Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje.

5º. Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o pillaje que se hubieran llevado a cabo.”

La EM indica en su capítulo XXI que con la modificación propuesta “se tipifican, como **supuestos agravados**, los de porte de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o la integridad de las personas o comisión de actos de pillaje. Ninguna mención al prevalimiento (desaparecido, como hemos visto, como agravante específica en el delito de atentado) ni –menos aún– a la perpetración del delito agravado en o con ocasión de una manifestación o reunión numerosa. Tampoco se ocupa de ello el IFGE, que se detiene exclusivamente a recomendar la sustitución del pronombre indefinido “algunas” por su fórmula en singular, y a advertir de la aplicación de la circunstancia 1ª no sólo a quien efectivamente porte (o exhiba) el arma o instrumento

²⁷ Tampoco resulta excesivamente acertada la redacción elegida, en particular la preposición utilizada; parecería más adecuada la preposición “por”.

peligroso sino a quien se halle respecto de tales medios en la situación contemplada en el art. 65.2 CP. El IGCPJ despacha este nuevo tipo limitándose a comentar que “todos los casos incluidos justifican un reproche penal de mayor entidad, por lo cual no se formulan objeciones de fondo”.

Nuevamente, con este nuevo artículo, nos hallamos ante una ampliación del ámbito de aplicación del derecho penal si lo comparamos con las previsiones contenidas en el subtipo agravado del actual art. 557.2 y no sólo en sentido cuantitativo sino también cualitativo. Más allá de la inclusión del prevalimiento (perfectamente prescindible, por la presencia de la misma circunstancia agravante entre las genéricas del art. 22 CP), o de que la circunstancia 3ª guarde similitud con los comportamientos descritos en el actual 557.2 CP²⁸, el examen conjunto de los comportamientos descritos conduce a sospechar que el pre-legislador está preocupado en dotarse, con esta modificación legal, de instrumentos legales (de la contundencia y dureza de la normativa penal) que faciliten un mayor control social y una mayor capacidad punitiva frente los eventuales incidentes que puedan derivar de las presumiblemente crecientes manifestaciones colectivas de descontento popular en las calles. Una herramienta, pues, para criminalizar la protesta social. Una perversión de la normativa limitadora de los derechos fundamentales, cuya previsión y aplicación ha de ajustarse en todo momento a los principios del estado de derecho. Como más adelante veremos, los artículos que siguen, particularmente el art. 557 ter, el nuevo 559 y el 560, permiten confirmar esta sospecha.

Para terminar con el comentario a este artículo, cabe añadir que al último párrafo se ha dado una nueva redacción en el Anteproyecto. Por alguna razón (quizá para que no hubiera duda alguna acerca de su aplicación a los actos de pillaje) el pre-legislador ha considerado preferible repetir casi literalmente la regla concursal prevista en el art. 557 en el art. 557 bis, que establecer, como figuraba en el Borrador, una cláusula de remisión a lo allí establecido.

2.3. El nuevo artículo 557 ter se introduce en el Anteproyecto con la siguiente redacción:

“1.- Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

2.- Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª ó 5ª del artículo 557 bis”.

²⁸ La STS de 8 de febrero de 2007 ya advertía de que “con la reforma del CP [mediante la LO 15/2003 que afectó al subtipo agravado del art. 557.2] el precepto no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración “política” de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino *sencillamente como alteración de la paz pública*, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. Por eso se reclama el concepto de paz pública, que es precisamente lo contrario de los aludidos desórdenes públicos, y precisamente el bien jurídico que tutela la norma penal”. La cursiva es mía.

Se trata éste de un artículo que ha irrumpido en el Anteproyecto sin pasar por el Borrador. La EM se limita a anunciar su existencia, sin explicarla ni indicar nada sobre su inopinada inclusión. Así declara que “se regula como supuesto atenuado la entrada en locales y establecimientos de un modo que altere su normal actividad, cuando no se hubieran llegado a producir actos de violencia o amenazas, conducta que la regulación anterior equiparaba a los desórdenes violentos”. Así pues, la EM pretende que se relacione este tipo con la “invasión de edificios” prevista en el vigente tipo básico del art. 557.1, y en consecuencia, afirma que su regulación en el anteproyecto implica una rebaja de la pena respecto de la prevista actualmente. Sin embargo, tal aseveración es muy discutible. Como sabemos, el art. 557.1 del Anteproyecto propone deliberadamente un tipo abierto con el que se quiere huir de la descripción pormenorizada de conductas típicas, como hasta ahora. La redacción del art. 557 ter recuerda más al actual art. 635, incluido entre las faltas contra el orden público, que –en la redacción dada con la reforma de la LO 15/2003- castiga con la pena de localización permanente de dos a diez días o multa de uno a dos meses al “que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público”. Siendo así, ocurre que, lejos de significar una rebaja de la pena, el nuevo art. 557 ter implica la transformación de la falta en delito y por lo tanto un mayor rigor punitivo. Será complicado no estimar la concurrencia de la circunstancia 3ª del art. 557 bis (“cuando los hechos se lleven a cabo (...) en una reunión numerosa”), si el sujeto activo es, en todo caso, plural y los hechos típicos –la invasión u ocupación- han de realizarse “actuando en grupo”. Por si esto fuera poco, se provoca una mayor amplitud en su aplicación, al hacerse extensivo a las horas de apertura al público.

El IFGE se detiene con inusual amplitud en este artículo casi exclusivamente para deslindar el nuevo tipo con los que castigan el allanamiento de morada y de inmueble que no constituye morada, pese a que tanto el bien jurídico protegido (la paz social), el sujeto activo (siempre plural) y el resultado pretendido (perturbación relevante de la actividad desarrollada en el lugar de los hechos²⁹), no se dan en el tipo del art. 203 CP.

Por su parte, el ICGPJ parece querer reivindicar una mayor amplitud para este tipo, en la medida en que sugiere que la preposición “contra” sea sustituida por “sin”; además, critica que se rompa la sistemática iniciada en el art. 557 y se omita la actuación individual amparada en el grupo, y no encuentra razonable excluir de la penalidad agravada del número 2 del artículo, a la circunstancia 2ª del art. 557 bis.

Examinado con detenimiento y contextualizado, el nuevo artículo 557 ter pone de manifiesto un indisimulado intento por penalizar con mayor severidad determinadas conductas por medio de las cuales se están movilizando y haciendo visibles en los últimos meses ciertos colectivos sociales perjudicados por las malas prácticas del sector bancario en nuestro país, que manifiestan su protesta y sus reivindicaciones mediante encierros y entradas colectivas en los patios de operaciones de las entidades crediticias y que, ciertamente, incomodan e inquietan a las empresas del sector bancario implicadas y puede que quizá

²⁹ Curiosa, cuando menos, ampliación del resultado que caracteriza estos delitos que - en lo que a este concreto tipo se refiere - está constituido por la perturbación (no ya grave, basta relevante), no del orden público o la paz social sino, en su caso, de una actividad, incluso privada.

también a los propios poderes públicos que probablemente se sientan en buena medida igualmente interpelados³⁰.

El actual **artículo 558 CP**, el subtipo atenuado no ha resultado modificado por el Anteproyecto³¹.

2.4. Con la nueva redacción dada al **art. 559**, de manera desconcertante, el prelegislador abandona la técnica legislativa utilizada a lo largo del Anteproyecto para dejar sin contenido el concreto articulado mediante su derogación, y procede a transmutar el art. 559, ahora dedicado a castigar la perturbación del orden con objeto de impedir el ejercicio de derechos cívicos, por un tipo nuevo y distinto que pena con multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, “la distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del art. 557 bis o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo”.

El vigente art. 559 – recordemos - establece lo siguiente: *“los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años”*. Su casi subrepticia eliminación resulta muy llamativa si tenemos en cuenta que la conducta típica ha permanecido invariablemente desde 1848 en el epígrafe de los desórdenes públicos³². Si bien con referencia a los “derechos políticos” –la sustitución por “derechos cívicos” no tuvo lugar hasta el CP de 1944-, fueron éstos identificados históricamente por la jurisprudencia con los derechos electorales. Durante la tramitación parlamentaria del CP actual, el grupo parlamentario vasco defendió infructuosamente una enmienda que pretendía sustituir la expresión “derechos cívicos” por “derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y las leyes que la desarrollen”³³ al entender que, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, la expresión legal no proporcionaba suficiente concreción sobre su contenido.

³⁰ Porque, de no concebirse para reprimir las conductas mencionadas, teniendo en cuenta que carece – como el resto de los tipos de este capítulo- del elemento intencional y que el resultado antijurídico consiste en la perturbación relevante de la actividad desplegada en el lugar de los hechos, bien podría llegar a aplicarse en su modalidad agravada a un grupo de manifestantes detenidos en un bar avanzada la madrugada mal-cantando rancheras, o quizá –igual daría si bien o mal- las primeras estrofas de “La Internacional”, como en los ‘desórdenes públicos’ que por tal motivo fueron apreciados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de abril de 1971 (citada por el profesor Muñoz Conde en “Derecho Penal, Parte Especial”, Tirant lo Blanc, 2010, pág. 898).

³¹ El art. 558 CP se separa del tipo básico del art. 557 en que no es precisa la actuación en grupo ni tampoco se exige la producción de un resultado concreto; requiere, en esencia, que se perturbe gravemente el orden en la audiencia de un juzgado o tribunal, o en actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente, o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales, conductas que se castigan con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses; también se podrá imponer, en su caso, la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza que los afectados por la infracción por tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.

³² Su antecedente más inmediato, el art. 247 CP de 1973 castigaba a los que turbaren gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona, o –en su 2º párrafo- para “impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos”, en cuyo caso, las penas a imponer eran arresto mayor y multa; el primer párrafo desapareció en el CP de 1995.

³³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 6 de marzo de 1995, Serie A, nº 77-6.

No obstante haber permanecido la expresión introducida en 1944, realizando una interpretación integradora, atendido el significado dado por el legislador a dicha expresión en otros preceptos del CP, en particular en el art. 542, la jurisprudencia y la doctrina requieren, en esta sede, que se trate también de derechos “reconocidos por la Constitución y las leyes”, lo que combinado con el bien jurídico protegido en este Capítulo se concreta en aquellos que sirven a la participación del ciudadano en la vida pública, es decir, fundamentalmente, los de sufragio activo y pasivo, acceso a las funciones y cargos públicos, derecho de petición, libertad de reunión, libertad de asociación, libertad de expresión y derecho de huelga³⁴.

Pues bien, ni el IFGE, ni el ICGPJ, ni tampoco la EM mencionan la desaparición del vigente art. 559. Un silencio que, sin embargo, resulta bien revelador si observamos la naturaleza de los derechos y libertades cuyo ejercicio sin perturbación viene a proteger este tipo, y más aún si lo comparamos con el contenido del que ha venido a sustituirle.

Acerca del nuevo contenido del art. 559 en el Anteproyecto, el IFGE tampoco se pronuncia. El ICGPJ pone el acento en el diferente tratamiento jurídico de la incitación o el reforzamiento regulados en el art. 559 respecto de los previstos en el art. 557.2 del Anteproyecto que se traduce en un diferente rigor penológico dando como resultado el “contrasentido” de que “unos hechos de mayor entidad [los previstos en el art. 559] son objeto de una punición menos severa”.

La EM describe el nuevo tipo indicando que con él se “sanciona la difusión de mensajes que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público. De este modo –sigue diciendo- se evita la sanción general de la mera realización de comentarios que puedan incitar de un modo más o menos indirecto a los desórdenes públicos, y solamente se sancionan los actos de incitación a desórdenes especialmente graves cuya delimitación no plantea dificultades”. Pese al mensaje “tranquilizador” que parece desprenderse de esta declaración del pre-legislador, hasta el mismo ICGPJ “sugiere reflexionar sobre la conveniencia de criminalizar los denominados actos de reforzamiento de la decisión previamente adoptada por terceros”. En todo caso, se trata de uno de los preceptos más duramente reprobados por los sectores críticos de la judicatura que ven en él una inconcreción y ambigüedad calculadas para avalar, si fuera preciso, actuaciones policiales desproporcionadas³⁵, y por los partidos políticos de la oposición y movimientos sociales que sienten que su objetivo es atenuar su capacidad de convocatoria; que se pretende amedrentar a los ciudadanos para reducir su participación en las movilizaciones públicas a que sean llamados, y que se corre el peligro de restringir la libertad de expresión regresando a los tiempos de vigencia del desaparecido delito de propaganda ilegal.

El **art. 560 CP vigente** no se modifica en el Anteproyecto³⁶, pese a que son numerosas las opiniones doctrinales y las reseñas jurisprudenciales en que se patentiza la necesidad de

³⁴ MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, PE, cit., pág. 898. TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos...”, cit., págs. 253-254.

³⁵ Como las que dieron lugar a las diligencias abiertas en la Audiencia Nacional en el verano del pasado año, posteriormente archivadas por el magistrado Sr. Pedraz. La opinión es la vertida por el portavoz de Jueces para la Democracia, el magistrado Sr. Bosch, recogida en Público Digital, el 17-10-12.

³⁶ El art. 560 tiene actualmente la siguiente redacción: “1. Los que causaren daños que interrumpen, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal,

una nueva redacción de este precepto, si no de otra ubicación sistemática, atendido no ya solo el efecto de las privatizaciones de los servicios a los que afectan las conductas descritas en el precepto, sino también el confuso contenido lesivo de aquéllas, con la actual regulación. El hecho de que el pre-legislador decida que precisamente el art. 560 CP no sea modificado, es decir, que no atienda a las opiniones doctrinales y judiciales en la profunda revisión de un Capítulo que se ve alterado en el 80% de su articulado y, en cambio, sí se ocupe de introducir a continuación un nuevo precepto, bis, con el contenido que ahora veremos, viene a fortalecer –junto el carácter de las modificaciones ya examinadas– la sospecha de que con la reforma que se pretende no se trata de acometer, en un intento más o menos desafortunado o inoportuno, mejoras técnicas y/o normativas en estos tipos, sino de diseñar un tratamiento de los desórdenes públicos a la medida de las necesidades de control y punición que se deriven de las previsibles reacciones de protesta contra las medidas impopulares que el ejecutivo ha comenzado a adoptar durante el año 2012 y las que puedan estar por implantarse en un futuro inmediato.

2.5. Se introduce un nuevo artículo 560 bis, con la siguiente redacción:

“Quienes actuando individualmente, o mediante la acción concurrente de otros, interrumpen el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y alteren con ello de forma grave la prestación normal del servicio, serán castigados con una pena de tres meses a dos años de prisión o multa de seis a veinticuatro meses.”

En la EM se explica que esta norma “sanciona estas conductas tanto cuando se llevan a cabo individualmente o mediante un supuesto de participación plural (artículo 28 párrafo segundo y artículo 29 del Código Penal), como cuando se ejecutan mediante la actuación concurrente de sujetos entre los que no existe un acuerdo o concertación previa en el sentido habitual de la coautoría”. En los informes del CGPJ y de la FGE se observa una coincidente omisión a cualquier género de comentario acerca del contenido de este precepto, limitándose en ambos casos a poner de relieve la diferencia entre este nuevo tipo y el del art. 560.1 CP, que consiste en que en el introducido con el Anteproyecto no se requiere la causación de daños o desperfectos.

Sin embargo, parece claro que la descripción del tipo y la penalidad prevista –hasta dos años de prisión– permiten afirmar el carácter desenfocado del objetivo y desproporcionado del castigo: una rigurosa reacción punitiva diseñada para reprimir penalmente las eventuales interrupciones de los servicios en las actividades públicas descritas en el tipo³⁷. Una excesiva e

serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años. 2. En la misma pena incurrirán los que causen daños en vías férreas u originen un grave daño para la circulación ferroviaria de alguna de las formas previstas en el artículo 382. 3. Igual pena se impondrá a los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro o servicio”.

³⁷ Que, inevitablemente, parece responder a la denunciada tendencia a legislar “a golpe de telediario”, porque todo apunta a que con su inclusión en el Anteproyecto se pretende dar respuesta a ciertos acontecimientos que nutrieron las noticias divulgadas con gran aparato en los medios acerca de grupos de internautas que provocaron interrupciones en los servicios informáticos afectando a las páginas webs del Congreso de los Diputados o de la SGAE (y que escapaban a las previsiones del art. 264 CP), en diciembre de 2010, o la paralización por usuarios del Metro de Madrid de convoyes durante las horas punta, en abril de 2012, como respuesta al incremento de las tarifas, que provocó la airada reacción del

injustificada intromisión de la normativa penal en parcelas del ordenamiento jurídico ajenas que, naturalmente, cuentan con mecanismos propios y más ajustados para gestionar las eventuales contravenciones o inobservancias producidas en su ámbito.

2.6. Se modifica el artículo 561, que queda redactado como sigue:

“Quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.”

La EM justifica “la revisión del artículo 561 (aviso falso de bomba), para incluir los supuestos de activación mediante noticias falsas de los servicios sanitarios o de emergencia”. Pero con esta modificación ocurre algo más que lo que anuncia el pre-legislador; se elimina el elemento subjetivo del injusto que dotaba de sentido la inclusión de las conductas típicas que describe el precepto en este concreto Capítulo, la finalidad de atentar contra la paz pública. Por otra parte, la conducta castigada ya no está detalladamente descrita sino que se formula de manera más genérica, pero la redacción propuesta no incluye un nuevo supuesto, como se afirma, sino que “la activación de los servicios sanitarios o de emergencia” se formula de tal modo que parece configurarse como un elemento esencial del tipo.

El IFGE considera, sin embargo, que en tal supuesto, es decir, si la movilización prevista “no llega a producirse, la calificación de los hechos sería en grado de tentativa”. Por lo demás, llama la atención en el informe de la Fiscalía que se haga eco de la supresión del elemento subjetivo del injusto al referirse a este concreto tipo y no haya reparado en su eliminación en el precepto básico de este Capítulo, en el art. 557, y más aún que, siendo esto así, es decir, que habiéndose suprimido tal elemento en todos sus tipos, se afirme que esta eliminación en el art. 561 es irrelevante por “la ubicación sistemática de este artículo en el Capítulo III “De los desórdenes públicos” del Título XXII “Delitos contra el orden público”, ya que “la finalidad de las conductas descritas no pueden tener otro propósito que alterar la paz pública”.

El ICGPJ, por su parte, entiende que “el proyectado artículo castiga la simulación de una situación de peligro comunitario o la concurrencia de un siniestro que demande la prestación de un servicio de los que expresamente se citan”, y termina sugiriendo la supresión del adverbio “falsamente”, por redundancia con el verbo “simular”, y la sustitución de la palabra “siniestro” por el vocablo “hecho”, para conferir “una mayor amplitud al precepto”.

REFLEXIÓN FINAL.

De salir adelante este nuevo Código Penal que emerge de la profundísima reforma que comentamos, no cabe duda de que se cumplirían “ los objetivos del Ministerio del Interior para la presente legislatura” basados –como anunció en el Senado su titular- en “una idea

Consortio que gestiona el servicio arguyendo que las sanciones pecuniarias previstas reglamentariamente, de hasta 30.000 euros, resultaban insuficiente castigo, y pidiendo abiertamente pena de cárcel para los boicoteadores.

básica, la seguridad³⁸ a partir de elevar a este derecho a la categoría de ente autónomo y superior para, no ya solo asegurar, sino legitimar el control a toda la sociedad, particularmente necesario en tiempos de crisis financiera y recortes sociales.

Se parte, pues, de un planteamiento tan inexacto como dañino, considerar que la seguridad constituye en sí un valor soberano cuya vigencia y trascendencia se miden en proporción inversa a la libertad. Como advirtió Baratta, “la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico pero, en ambos casos, no tiene un contenido propio; respecto del sistema de necesidades, es una necesidad secundaria, respecto al sistema de derechos, es un derecho secundario con relación a otras necesidades básicas que podemos llamar primarias”³⁹. Así pues, más correcto que referirnos a un derecho a la seguridad lo sería hablar de la seguridad de los derechos, de la seguridad como instrumento de protección de los derechos y de las libertades de los ciudadanos y garantía de su ejercicio.

La reforma de los delitos contra el orden público que hemos analizado reproduce en toda su crudeza la “lógica” de la reforma del CP en su conjunto: concibe la seguridad como el derecho más digno de protección, del que penden todos los demás, que son, de tal manera, meros subordinados de aquél. De este modo, el fin preventivo del derecho penal y el poder punitivo del estado hallan su fundamento último en la salvaguarda del valor *seguridad*, y centran su principal atención sobre quienes, a tales efectos, se reputa “peligrosos”. Impuesta la lógica de la peligrosidad, la culpabilidad retrocede a un segundo plano, el derecho penal del hecho se difumina al emerger el derecho penal de autor y, en fin, el Estado de derecho que se dice defender adopta los contornos propios de un Estado policial en el que las normas penales y sancionadoras en lugar de asegurar, obstaculizan, cuando no reprimen, el ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Madrid, octubre de 2013.

³⁸ El ministro defendió la necesidad de que “España sea un país cada día más seguro...”, a fin de “...impedir que la crisis que vivimos derive en situaciones que ninguno de nosotros deseamos, evitando el incremento de actividades que generan alarma entre nuestros conciudadanos y que afectan a la paz social”, para lo que “... debemos facilitar la labor de nuestras fuerzas y cuerpos de seguridad por medio de la promoción de las necesarias reformas legales”. Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, nº 37, martes, 20 de marzo de 2012.

³⁹ A. Baratta, “Derecho a la seguridad o seguridad del derecho”, citado por PORTILLA CONTRERAS, G. en “El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)”, Iustel, 2012, págs.. 21 y ss.