

LOS NUEVOS DELITOS DE ¿DESÓRDENES? ¿PÚBLICOS? ESPECIAL REFERENCIA A LOS TIPOS DE INCITACIÓN O DE REFUERZO DE LA DISPOSICIÓN A DELINQUIR (ART. 557.2 Y 559 CP)

Alberto Alonso Rimo

Profesor titular de Derecho penal
Universitat de València

Resumen: La reforma penal de 2015 representa, en materia de desórdenes públicos, un importante paso atrás desde el punto de vista de los principios penales. En este contexto, llaman particularmente la atención los nuevos delitos de incitación o de refuerzo de la disposición a cometer desórdenes públicos (arts. 557.2 y 559); figuras en las que se vienen a tipificar formas de provocación y tentativas de complicidad psíquica, asignándoles la misma penalidad que al autor de los delitos consumados y con una formulación técnicamente muy discutible. La primera parte del trabajo se destina a concretar las razones de orden constitucional, dogmático y político-criminal por las que el autor piensa que estos delitos debieran ser derogados; y a la vez, y en conexión con lo anterior, a señalar los problemas interpretativos que su aplicación puede generar y a ofrecer propuestas de solución de los mismos en el

Recibido: mayo 2015. Aceptado: julio 2015

plano de *lege lata*. Desde esta última perspectiva de análisis se aborda asimismo, en la segunda parte del trabajo, el estudio del nuevo tipo de ocupación de oficinas o locales (art. 557 ter) y del delito de generación de alarmas falsas (art. 561) y se trata de mostrar cómo, también en estos dos casos, y de acuerdo con el espíritu que preside la reforma en general en este ámbito, asistimos a un proceso de disolución de las garantías y de desnaturalización del concepto democrático de orden público al servicio de intereses que debieran permanecer ajenos a la tutela penal.

Palabras clave: delitos de desórdenes públicos, provocación, tentativa de complicidad psíquica, libertad de expresión y derecho de reunión, concepto de orden público.

Abstract: The penal reform of 2015 represents, regarding crimes of public disorder, a major regression from the point of view of the criminal principles. In this context, the new offenses of incitement or reinforcement of willingness to commit public disorder (articles 557.2 and 559 of the Penal Code) are particularly striking. These categories of offence criminalize forms of public provocation and attempts of psychic complicity in a very debatable way and resulting in the same penalty being given to these acts as to the perpetrator of the consummated crime. The first part of this paper focuses on specification of the constitutional, dogmatic and criminal policy reasons which explain why the author thinks that these crimes should be repealed. Special emphasis is also placed on the interpretative problems that may arise in its application and on proposals for solving them in *lex lata* terms. From this last standpoint too, the study analyzes in its second part the new crime of occupation of offices (article 557 ter) and the crime of generation of a false alarm (article 561). The paper aims to show that also in these two examples, and in accordance with the overall spirit of the reform in this area, we are witnessing a process of dissolution of the penal guarantees and of distortion of the democratic concept of public policy at the service of interests that should remain outside of the Criminal Law protection.

Keywords: public disorder crimes, provocation, attempt of psychic complicity, freedom of speech and right of assembly, concept of public policy.

Sumario: 1. Introducción. 2. La incitación o refuerzo moral a cometer desórdenes públicos (art. 557.2). 2.1. Desórdenes públicos, desorden dogmático y restricción de libertades. 2.2. Propuesta de interpretación

garantista (¿y voluntarista?). 3. Delito de difusión pública de mensajes incitadores o reforzadores de la decisión de cometer desórdenes públicos agravados (art. 559). 3.1. Ámbito de aplicación. Su delimitación frente al delito del art. 557.2. 3.2. Valoración crítica. 3.3. ¿Tentativa de complicidad psíquica en cadena? Consideraciones de *lege ferenda*. 4. Desórdenes ¿públicos?: el delito de ocupación de oficinas o locales (art. 557. ter). 5. Públicos ¿desórdenes?: el delito de generación de alarmas falsas (art. 561). 6. Bibliografía citada.

1. Introducción

Pese a lo que se afirma en la Exposición de motivos de la LO 1/2015, la reforma que se produce en el marco de los delitos de desórdenes públicos va mucho más allá de una mera “revisión técnica”. De entrada, se parte de unos nuevos tipos básico (art. 557.1) y agravado (art. 557 bis) de vocación claramente expansiva. Estas dos figuras delictivas son las que hasta la fecha han concitado más atención de la doctrina y ya han sido objeto de duras críticas¹. Sin perjuicio de que aquí se compartan en buena medida dichas opiniones, a mi juicio la reforma penal de 2015 en este ámbito presenta otros aspectos que resultan altamente censurables tanto desde el punto de vista técnico-legal como en el plano de las garantías penales. En este sentido, me parecen especialmente preocupantes los nuevos tipos de incitación

1 Vid. CUERDA ARNAU, M. L., “Desórdenes públicos I (arts. 557.1º y 557 bis)”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1295 y ss.; GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes públicos”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 779 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., “Estudio preliminar”, en *idem*, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 66 y 67. Cfr. también, desde la perspectiva del anteproyecto de reforma del Código penal de 2012, Díez Ripollés, J. L., “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012”, en Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 62 y 63; BAUCCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes públicos”, en Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 975 y ss.

o de refuerzo de la disposición a cometer desórdenes públicos recogidos en los arts. 557.2 y 559 del Código penal. La primera parte del trabajo se dedica al estudio de estos delitos; a desenrañar críticamente las consecuencias de esta nueva regulación y a formular propuestas de solución a los principales problemas de aplicación que estimo que su entrada en vigor puede traer consigo. A continuación, se analiza el nuevo delito de ocupación de oficinas y locales (art. 557.ter) y el de generación de alarmas falsas (art. 561) y se explica cómo a través de ambas figuras delictivas, en sintonía con los anteriores tipos y con el signo que caracteriza en general a las últimas iniciativas legislativas en la materia, se promueve una desvirtuación del concepto de orden público que resulta impropia de un Derecho penal democrático.

2. La incitación o refuerzo moral a cometer desórdenes públicos (art. 557.2)

El art. 557.1 castiga con pena de seis meses a tres años de prisión a “(q)uienes 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”, y matiza que tales 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”. El art. 557.2 establece a continuación:

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

Este párrafo segundo del art. 557 es un claro exponente de la lógica criminalizadora de la disidencia social y de la libre expresión de la crítica política que recorre la reforma penal de 2015 y también la nueva Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana². Se trata, además, por su deficiente resolución

2 Resulta elocuente en este sentido el *Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de*

técnica, de un precepto sumamente problemático respecto del cual se perfilan como posibles dos interpretaciones que abocan a consecuencias materiales muy diversas.

asociación, M. KIAI: “(e)l Relator Especial considera que los proyectos de ley examinados (Proyecto de Código penal y Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana) apuntan a una vulneración de la propia esencia del derecho de manifestación al penalizar un amplio número de conductas inherentes al propio ejercicio de este derecho fundamental, originando una importante limitación en el ejercicio del mismo. El Relator Especial insta al Gobierno a asumir plenamente su compromiso de garantizar el goce efectivo de este derecho fundamental y a considerar una profunda revisión de ambos proyectos a la luz de las numerosas críticas presentadas por la sociedad civil” (*A/HRC/26/29/Add.1*, United Nations, General Assembly, 10 de junio de 2013, p. 60); o también las *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España* aprobadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su 114 período de sesiones (29 a 24 de julio de 2015). En una línea similar se ha pronunciado la doctrina: *vid. supra*, los autores citados en la nota a pie 1. Igualmente significativas en esta dirección son la generalidad de las enmiendas presentadas por los Grupos políticos distintos al Popular durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de reforma penal. Por lo que se refiere a la nueva Ley de seguridad ciudadana, puede verse una valoración crítica desde el punto de vista del derecho de reunión y manifestación y de la regulación prevista en el anteproyecto en ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal* 21 (2014). *Vid.* asimismo un estudio general del citado anteproyecto en PRECIADO DOMÈNECH, C., “Anteproyecto de Ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas”, *Jueces para la democracia. Boletín de la comisión penal*, nº 5, 2013 y en MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, *Abogacía Española, Consejo General*, <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana/>, última visita: 24 de mayo de 2015). También de interés a este respecto, el *Dictamen 7/2015, de 4 de juny, sobre la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana*, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, <http://www.parlament.cat/document/actualitat/59030.pdf>, última visita: 29 de julio de 2015, y el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley por los Grupos Parlamentarios Socialista, la Izquierda Plural, UPyD y Mixto, a tenor del cual dicha normativa tiene como consecuencia “no sólo la reducción a la mínima expresión del contenido esencial constitucionalmente declarado del derecho, sino que éste «se rodea de alambre espinado», de manera que todo

De acuerdo con la exégesis que resulta más respetuosa con el principio de legalidad, el art. 557.2 tipificaría como delito autónomo conductas preparatorias de los desórdenes públicos. Aun cuando, como es sabido, en estas figuras delictivas no está previsto el castigo genérico de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, la disposición comentada comprendería, en primer lugar, y en la medida en que se habla de *incitar* a una pluralidad de personas (al “grupo” o a sus “individuos”), comportamientos capaces de *hacer surgir* en otros la resolución de cometer un desorden público, asimilables por consiguiente a la provocación (en tanto que tentativa de inducción colectiva o masiva). Debe matizarse, no obstante, que el hecho de que la incitación haya de tener lugar a través de una *actuación* sobre los destinatarios (el tenor literal se refiere a los que “actúen sobre el grupo o sus individuos”) parece exigir aquí el carácter presencial o la inmediación de la conducta con respecto al grupo o sus individuos³. Ello dejaría fuera del tipo del art. 557.2, a diferencia de lo que sucede en la provocación genérica del art. 18, las llamadas a delinquir llevadas a cabo a través de mensajes difundidos por medios telemáticos o a distancia; algo, por otra parte, plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 559, que castiga asimismo conductas de incitación a los desórdenes públicos pero realizadas a través de la distribución o difusión pública de mensajes o consignas. Como más adelante será precisado, el tipo agravado de desórdenes públicos del art. 557 bis, al que se vincula el ámbito de operatividad del art. 559, también entra en juego en relación con el art. 557.2. La delimitación entre este último y el art. 559, pese a que una primera

lo que exceda del mismo termina considerándose constitutivo de delito o de infracción administrativa”.

- 3 Cfr., también en esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, destacando que las conductas se refieren en este caso a “actuaciones directas sobre el grupo alborotador” frente al supuesto del art. 559 que requiere que se realicen “a través de mensajes o consignas públicas” (“Sucintas observaciones...”, cit., pp. 63 y 64); o GARCÍA RIVAS, vinculando el tipo del art. 557.2 con la modalidad de provocación del art. 18 que exige que la incitación se produzca “ante una concurrencia de personas” (“Desórdenes...”, cit., p. 783).

aproximación a la redacción de ambos preceptos pudiera sugerir lo contrario, no se puede establecer, por tanto, a partir de la idea de que uno y otro contemplan comportamientos preparatorios referidos a delitos distintos: —sólo— a los desórdenes públicos del tipo básico (art. 557.1) en el primer caso, y a los desórdenes públicos agravados (art. 557 bis) en el segundo. Y así las cosas, en efecto, si el art. 557.2 no se interpreta en los apuntados términos que requieren la inmediatez o naturaleza presencial de la conducta, el art. 559 quedaría en la práctica vacío de contenido⁴.

Por otro lado, y contrariamente también en este caso a lo que ocurre en la provocación genérica del art. 18, el tenor literal del art. 557.2 no exige que la incitación sea *directa*. Se da entrada así a las llamadas a cometer desórdenes públicos encubiertas, o no explícitas, que aproximan este último precepto al terreno de las apologías (bien entendido que me refiero aquí a las apologías *débiles* o en sentido tradicional que quedarían en todo caso por fuera del concepto de apología —homologable a la provocación directa— del art. 18.1.2)⁵. Lo dicho representa, en un ámbito delictivo en el que bajo la regulación anterior no se castigaba ninguna clase de acto preparatorio, un significativo adelantamiento de la barrera de intervención penal, que rebasa, como hemos visto, el límite trazado a este respecto por la definición de provocación del art. 18, y que resulta aún más evidente si se advierte que el art. 557.2 sanciona también a quienes actúen sobre el grupo o sus individuos, no ya incitando, sino “reforzando su disposición” a llevar a cabo desórdenes públicos.

Desde este último punto de vista, en efecto, encuentran acomodo asimismo aquí supuestos que cabría calificar de *complicidad psíquica intentada* por cuanto integrarían actuaciones

4 *Vid.* una explicación más detallada de todo lo anterior en *infra*: epígrafe 3.1.

5 Aunque a mi juicio y en contra de la que es opinión mayoritaria, una adecuada lectura del art. 18 conduce a concluir que no cabe la punición de la apología en sí misma como acto preparatorio genérico. Puede verse el desarrollo de esta tesis en ALONSO RIMO, A., “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 4 (2010), pp. 17 y ss.

de mero apoyo moral no necesitadas de idoneidad para hacer surgir la resolución delictiva sino simplemente para reforzarla (de ahí que quepa hablar de complicidad psíquica)⁶, y a las que, además, no haría falta que les siguiera la efectiva realización del desorden público ni siquiera el inicio de su ejecución (tentativa). Este principio de ejecución que, como es sabido, sí que debe concurrir en la complicidad (psíquica o no) y en cualquier forma de participación, en virtud del principio de accesoria cuantitativa, aquí en cambio, y siempre desde la perspectiva interpretativa que ahora se desarrolla, no se requiere. En esa medida, decía antes que lo que se viene a castigar en estos casos es una suerte de tentativa de complicidad (psíquica).

A partir de lo dicho, bastará a los efectos típicos del art. 557.2 con que un sujeto realice un discurso ante un grupo de personas y con que, sin perjuicio de lo que luego pase en relación con la efectiva comisión o no del desorden público, se considere que tal discurso tiene aptitud para reforzar la disposición de aquéllas a cometer el mencionado delito⁷. En este punto es importante destacar que la pena prevista para el autor del discurso reforzador es la misma que la que le correspondería al autor del delito consumado (de seis meses hasta tres años de prisión); y que si aquella conducta se realizara en una manifestación o reunión numerosa o con ocasión de las mismas —algo que en el marco de estos delitos será bastante frecuente— habría de entrar en aplicación el tipo agravado (art. 557bis 3) y la pena podría llegar entonces hasta los seis años de prisión. Todo ello, conviene insistir en este dato, sin que se necesite ningún principio de ejecución de ningún desorden público.

6 Sobre la delimitación conceptual de esta categoría, *vid.* por todos FUENTES OSORIO, J. L., *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007, pp. 172 y ss.

7 Aun cuando lo normal será que la conducta se lleve a cabo mediante el uso de la palabra, ya sea de manera oral o por escrito, nada impide que la *actuación* sobre el grupo consista en obrar de otra forma (por ejemplo, aplaudiendo en un determinado contexto) siempre que redunde en el exigido refuerzo moral o de la disposición a cometer el desorden público.

1.1. Desórdenes públicos, desorden dogmático y restricción de libertades

La mera previsión de respuesta penal para esta clase de conductas —tan lejanas de la ofensa al bien jurídico tutelado y que, a la vez, pueden resultar tan cercanas al ejercicio de derechos fundamentales— es una opción legislativa muy desafortunada⁸. Pero ésta sin duda se ve agravada por el hecho de que, de forma añadida, el legislador equipare penológicamente en este contexto el delito consumado con los actos preparatorios (elevados a categoría de tipo autónomo).

Resulta ciertamente sorprendente que se castigue exactamente con la misma pena la consumación del delito, la provocación al delito —o tentativa de inducción masiva— y la tentativa de complicidad psíquica. Por el contrario, a un sujeto que inicie la ejecución de un desorden público, incurriendo en una tentativa, se le habrá de aplicar, por imperativo del art. 62 CP, una pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado⁹. Y algo similar sucederá tratándose de los cómplices de un desorden público consumado o intentado, a los que en todo caso se habrá de rebajar la pena en un grado (art. 63), de tal manera que quedarán más levemente sancionados los supuestos de efectiva complicidad —psíquica o no— con un desorden público consumado o intentado que la mera *tentativa* de complicidad psíquica

8 A este respecto, resulta ilustrativa la opinión de DEL ROSAL BLASCO a propósito de la punición de las tentativas de complicidad psíquica: “constituye un inadmisibles adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho penal y una aberración político-criminal que no es propia de un Estado social y democrático de Derecho” (*La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986, p. 181; *vid. también*, pp. 252 y 253).

9 De este modo, pese a que se homologan a efectos de pena la consumación, la provocación y la *pre-provocación* —que es como algunos han denominado ya a los supuestos de reforzamiento no seguido de ejecución (*vid. las enmiendas n° 766 y 769 presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso*) y que estructuralmente cabe asimilar, según decíamos, a una tentativa de complicidad psíquica—, a la fase del *iter criminis* intermedia entre la consumación y la preparación le sigue correspondiendo, en aplicación del régimen general de la tentativa, una penalidad inferior.

(no acompañada del inicio de ejecución del delito) regulada en el art. 557.2.

De lo hasta ahora apuntado se sigue una evidente contradicción con cualquier lógica atenta a criterios valorativos y de ofensividad, y asimismo una notable quiebra del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Pero es que además no cabe descartar que la regulación descrita pueda llevar al absurdo político-criminal de que, entre otras situaciones imaginables, al sujeto de nuestro ejemplo anterior que, en el marco de una manifestación o reunión numerosa, emita un discurso idóneo para reforzar moralmente a otros a cometer desórdenes públicos le pueda resultar mucho más rentable en términos penológicos que se acabe produciendo el desorden público antes que el citado discurso se muestre completamente ineficaz: en el primer caso cabría atribuirle una pena de 6 meses a 1 año menos 1 día en calidad de cómplice de un desorden público (agravado) consumado (art. 63 en relación con arts. 557.1 y 557 bis 3) y en el segundo, en cambio, la pena a imponer sería de 1 a 6 años de prisión, en tanto que autor del delito del art. 557.2 (en relación con el art. 557 bis 3), que convierte, como sabemos, en tipo autónomo una tentativa de complicidad psíquica (solo que asignándole la misma pena que al autor del delito consumado)¹⁰. En el supuesto

10 No creo que quepa plantearse en este contexto la invocación de la regla de alternatividad del art. 8.4 de forma que resulte de aplicación el precepto castigado con mayor pena. Tal principio, como es sabido, rige en defecto del resto de criterios del art. 8, y aquí, de acuerdo con lo que se viene explicando en el texto, estamos ante un supuesto de progresión delictiva, por lo que estimo que se debe concluir en principio que, del mismo modo que sucede cuando entran en concurso las normas que regulan un acto preparatorio o la tentativa y las del correspondiente delito consumado, existe un precepto o preceptos aplicables que, al margen ahora de si es por razones de subsidiariedad o de consunción (*vid.* sobre esta discusión, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 9^a ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 665, nota 56), contemplan de manera más completa el desvalor del hecho —por cuanto representan una intensificación en la afectación al bien jurídico— y que en consecuencia desplazan al art. 557.2 (en relación con el art. 557 bis). Cuestión distinta es que el legislador —muy discutiblemente— haya resuelto atribuir mayor pena a este último supuesto. Pero atender a este criterio (el

de que al acto de reforzamiento moral le siguiera sólo el inicio de ejecución del desorden público (tentativa) el beneficio para el apologeta podría ser todavía mayor —y en igual medida aumentaría también el desfase penológico que se denuncia—: cabría considerarlo entonces cómplice de un delito de desórdenes públicos en grado de tentativa y así las cosas la pena podría llegar a rebajarse en principio hasta tres grados; es decir, hasta el límite mínimo de 1 mes y 15 días de prisión (frente al marco de penalidad de 1 a 6 años de prisión que le sería aplicable al

de la mayor penalidad) de manera preponderante significaría, según creo, preterir la naturaleza jerárquicamente inferior que le viene dada a la regla de alternatividad por expresa disposición legal (art. 8.4) (*vid.*, subrayando el sentido y fundamento del carácter subsidiario de la alternatividad frente al resto de principios del art. 8, OBREGÓN GARCÍA, A., “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código penal”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, pp. 68 y ss.). Cfr., con todo, GARCÍA ALBERO, que aun cuando parte como premisa general de la subsidiariedad del acto preparatorio (también del elevado a categoría de delito autónomo) respecto del delito intentado o consumado advierte de la necesidad de acudir en determinados supuestos a soluciones diversas a partir de la valoración en concreto del hecho realizado (*Non bis in idem material* y *concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 343 y ss., y especialmente pp. 352 y ss., rechazando en nota 127 que en un caso parecido al aquí tratado pueda quedar desplazado el precepto que regula con mayor pena una forma de participación anticipada en pro de una complicidad efectiva en el delito consumado). Por otro lado, tampoco parece aceptable aquí la vía del concurso (ideal) de delitos, que cabría esgrimir desde posiciones que pusieran el acento en la consideración de dichos supuestos como delitos de peligro abstracto cuyo desvalor —sobre la base del carácter colectivo o masivo de la incitación característica de la provocación— no resultaría abarcado por el delito (provocado) consumado. Con la brevedad que exige el análisis de la cuestión en este momento, se debe recordar que el art. 18.2.2º establece que “(s)i a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción” y que, de manera coherente con ello, tal es el tratamiento (concurso de normas) que se concede con carácter general a estas hipótesis (cfr. a este respecto, GARCÍA ALBERO, destacando que en la resolución de cualquier problema concursal en este ámbito debe pesar la naturaleza excepcional de la punición de los actos preparatorios, *Non bis in idem...*, cit., p. 354, nota 126).

mismo sujeto en el caso de que no cupiera conectar causalmente a su actuación ninguna tentativa de desorden público ulterior).

Por otro lado, y de manera añadida a todo lo anterior, se debe subrayar la manifiesta falta de taxatividad que impregna la descripción de la conducta típica, con la consiguiente inseguridad interpretativa que ello puede generar. Algo que si siempre resulta motivo de crítica sin duda debe serlo todavía más cuando, como es el caso, se trata de la criminalización de fases tan tempranas del *iter criminis* y de terrenos tan próximos al ejercicio de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho de reunión y manifestación). Recuérdese que estamos hablando aquí de que el juzgador habrá de entrar a valorar si la actuación de un sujeto —cualquier actuación, porque no se concreta nada más; por ejemplo, la de un manifestante que sujeta una pancarta con un determinado eslogan— es idónea para *reforzar la disposición* del grupo o de sus individuos a realizar el delito¹¹. Tal aptitud, como es evidente, resultará mucho más sencillo derivarla en este caso que cuando se trata de la idoneidad para incitar; esto es, para generar en quien no la tenía la intención de delinquir¹². Más aún, como decía, a la vista de la tan genérica configuración típica de los medios de reforzamiento, que ni siquiera requieren

-
- 11 En la misma línea, el Consejo Fiscal observa que dicha referencia legal (“reforzar la disposición a llevarlas a cabo”) resulta “excesivamente laxa y genérica” (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 20 de diciembre de 2012, p. 321). En un sentido parecido se pronuncia el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, M. KIAI (*Informe...*, cit., p. 60), y el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, N. MUIŽNIEKS, *CommDH* (2013) 18, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013, pp. 41 y 42. Contrariamente, el Consejo de Estado defiende la conveniencia de esta fórmula aduciendo que responde a la “finalidad de introducir cierta gradación entre los diversos casos singulares de provocación para delinquir” (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 27 de junio de 2013).
- 12 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)”, en *idem*, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 156.

aquí, a diferencia de lo que resulta habitual en los delitos apolo-
 géticos, que la conducta pase por enaltecer al delito o a su autor.
 En realidad, así las cosas y dadas unas determinadas circuns-
 tancias, no sería difícil concluir que, por ejemplo, un encendido
 discurso relativo a la injusticia de los hechos que motivan una
 protesta concreta (ya sea la subida de tasas universitarias o la
 implantación del modelo de plan de estudios 3+2), en el que
 no se hiciera mención explícita a la conducta en que consiste el
 delito de desórdenes públicos o ni siquiera se aludiera de modo
 genérico a la violencia, pudiera ser idóneo para *reforzar* la
 disposición de un grupo de manifestantes que ya hubiera acudido
 a la concentración predispuesto a cometer un desorden público
 durante su transcurso. Naturalmente que la afirmación anterior
 no implica que se acepte esta deriva interpretativa del precepto.
 Se trata más bien de denunciar los riesgos de que, a la vista de la
 forma en que aquél está diseñado, este tipo de interpretaciones
 pueda acabar prosperando.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, estimo que el art.
 557.2 es altamente cuestionable desde una perspectiva constitu-
 cional y que por eso debería ser derogado cuanto antes. Mientras
 ello no suceda, se habrá de promover una interpretación lo más
 restrictiva posible que trate de salvar la incriminación del mero
 ejercicio legítimo de la libertad de expresión y de la protesta ciu-
 dadana. En este sentido, y por lo que se refiere ahora en concreto
 a las conductas de reforzamiento de la disposición a cometer
 desórdenes públicos, se debe tener en cuenta que, como más arri-
 ba se apuntaba, desde una perspectiva estructural estamos aquí
 ante la tipificación de tentativas de complicidad psíquica; y que,
 en esa medida, solamente se podrán sancionar actos de refuerzo
 moral que en el caso de que llegara a completarse la ejecución
 del desorden público permitirían considerar a los que realizaron
 aquellos actos (al emisor del discurso en nuestro ejemplo ante-
 rior) cómplices del delito de desorden público consumado. Es
 decir, que al amparo de esta formulación típica tan etérea (refor-
 zar la disposición) no cabe admitir el castigo de conductas que
 no estén acompañadas de un dolo de participación que alcance a

la consumación del desorden público o que, *ex ante*, no comporten un incremento de cierta entidad del riesgo de comisión del delito¹³. De manera adicional, la redacción legal permite exigir en este caso un *efectivo* reforzamiento de la disposición delictiva de —algunos al menos— de los destinatarios de la conducta de refuerzo moral en cuestión (se castiga a “quienes actúen sobre el grupo o sus individuos (...) *reforzando* su disposición...”). Quedarían así fuera del tipo del art. 557.2 los supuestos que cabe denominar de complicidad psíquica *fracasada*¹⁴. A este respecto, es conveniente resaltar que el hecho de que no sea necesario que el sujeto reforzado llegue a iniciar la ejecución del delito, y de que, en esa medida, aquel extremo (el efectivo fortalecimiento psíquico) resulte ciertamente difícil de verificar en la práctica no permite obviar el cumplimiento de dicho requisito típico, a efectos de aplicación del precepto, y presumirlo directamente a partir de la mera idoneidad *ex ante* de la conducta para reforzar la resolución de cometer el desorden público. Por lo demás, y sin perjuicio de todo lo anterior, no se puede descartar en absoluto la aplicación en este contexto de la eximente del art. 20.7 CP por cuanto efectivamente habrá casos —en mayor o menor medida en función del alcance interpretativo que se le acabe dando al tipo del art. 557.2, lo mismo que en lo que se refiere al art. 559— en los que la conducta típica caerá claramente en el ámbito del

13 En términos más específicos, dicho peligro habrá de apuntar a la restricción (sustancial) de las posibilidades de que los sujetos decididos a cometer el delito desistan de su empeño. Cfr., en referencia a la complicidad psíquica consumada, LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 313 y ss.; FUENTES OSORIO, J.L., *La preparación...*, cit., p. 176; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “En los límites de la inducción”, *InDret* 2/2012, pp. 27 y ss.

14 Cfr. sobre la variedad terminológica utilizada por la doctrina en el contexto de las formas de participación intentada, en particular a propósito del concepto de inducción frustrada, MIRA BENAVENT, J., “¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada?”, *Estudios penales y criminológicos*, V. XXII, 2000, pp. 110 y ss. Vid. también LLABRÉS FUSTER, A., “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 02 y 93.

ejercicio legítimo de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 20 y 21 de la Constitución¹⁵.

1.2. Propuesta de interpretación garantista (¿y voluntarista?)

Incluso desde la interpretación restrictiva que se acaba de señalar como deseable, la disposición en examen invita a un manifiesto riesgo de expansión punitiva. Esto último, junto con las razones de carácter sistemático y valorativo que han sido puestas de relieve más arriba, justifican a mi juicio que se deba tratar de ensayar una comprensión diversa del art. 557.2. En concreto, y entro a esbozar así la segunda vía interpretativa que anunciaba en las páginas iniciales de este trabajo, creo que a la vista de la equiparación penológica entre los párrafos primero y segundo del precepto (entre la infracción consumada y las infracciones preparatorias) cabría plantearse si lo que en realidad el legislador viene a hacer aquí no es sino tipificar, sólo que con deficiente técnica legislativa, formas de participación (*consumadas*, ¡no meramente intentadas!). Vistas así las cosas, se estarían castigando en el art. 557.2 comportamientos asimilables a la inducción y a la complicidad (psíquica), que exigirían por tanto la ejecución del delito —aquí del desorden público— a cargo del autor. Por su parte, el art. 559 quedaría reservado, en este caso sí, para la sanción de actos preparatorios que impliquen a otras personas en el proyecto criminal, y concretamente para comportamientos de difusión pública de mensajes o consignas constitutivos de incitación (tentativa de inducción masiva)

15 Por lo que se refiere al art. 21 CE, tal y como se desprende de su tenor literal, solo podrán formar parte de la esfera de tutela constitucional del derecho las reuniones *pacíficas y sin armas*. Con todo, ya se ha visto cómo, a la luz de la formulación típica de los preceptos en examen y aun cuando tal opción exegética aquí no se admita, podrían llegar a considerarse típicos comportamientos que no llamaran directa ni indirectamente a la violencia, toda vez que, pese a lo anterior, sirvieran para *reforzar la disposición* del grupo o de sus individuos a llevar a cabo actos violentos o, más concretamente, constitutivos de desórdenes públicos.

o reforzamiento de la disposición (tentativa de complicidad psíquica) a cometer desórdenes públicos agravados.

Esta solución exegética permitiría llegar a consecuencias mucho más racionales y acordes al principio de ofensividad, a la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal y al principio de proporcionalidad en sentido estricto, y a la vez le otorgaría mayor coherencia sistemática a la regulación de los desórdenes públicos en general. Por un lado, se desharía la homologación penológica entre delito consumado y actos preparatorios (tipificados como delitos independientes) que resulta de la interpretación más literal del art. 557.2, y quedarían amortiguadas asimismo las disfunciones punitivas que, según hemos visto, añade la aplicación a este contexto de las reglas generales de determinación de la pena en relación con la tentativa y la complicidad. Por otro, se explicaría mucho mejor, con base en razones de injusto, la diferencia de penalidad existente entre el art. 557.2 y el art. 559¹⁶. Además, y en íntima relación con lo anterior, al limitarse el castigo de las figuras preparatorias de los desórdenes públicos al ámbito del art. 559, que como sabemos se ciñe a las conductas referidas a los supuestos agravados del art. 557 bis, la respuesta punitiva resultaría más ajustada o proporcional a la (escasa) gravedad de esta clase de comportamientos, que no hay que olvidar que representan una excepción al criterio general de impunidad de los actos preparatorios al que con carácter general y en atención al principio de prohibición de exceso¹⁷ se adscribe nuestro ordenamiento penal.

16 Relevante en todo caso, pero que resulta aún más llamativa si la comparación se establece utilizando como referencia las penas del art. 557.2 en relación con el art. 557 bis, que son las que corresponden a las conductas relativas a los desórdenes agravados y a las que restringe su marco de aplicación el art. 559: hablamos de una pena de 1 a 6 años en el caso del art. 557.2 en relación con el art. 557 bis, y de 3 meses a 1 año en el caso del art. 559.

17 Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., en *idem* (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 104; o RODRÍGUEZ MOURULLO, conectando la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos y la regla general de impunidad de los primeros con las exigencias básicas de un Estado social y democrático de Derecho (“Las fases de

Por último, y aunque en un plano de importancia menor, desde esta perspectiva cobraría también más sentido la regulación del tipo agravado del art. 557 bis en relación con el art. 557. 2. Pese a que, de acuerdo con el tenor literal del art. 557 bis, éste alcanza al art. 557 en bloque —y también, por tanto, a su párrafo segundo—, de la otra forma la aplicación a éste último de algunas de las circunstancias del tipo agravado sólo deviene posible de manera forzada. Me refiero, por ejemplo, al “acto de violencia *ejecutado*” al que alude la circunstancia segunda, o a la circunstancia cuarta, que agrava la responsabilidad “cuando se *lleveren a cabo* actos de pillaje”. Al margen ahora de otros argumentos que cabría aducir en esta dirección, los dos supuestos indicados es obvio que remiten en principio a actuaciones que han de haber tenido lugar durante el transcurso del desorden efectivamente producido y no tienen sentido en referencia a conductas meramente preparatorias como las que, de acuerdo con la tesis interpretativa del art. 557.2 desarrollada en primer término, quedarían abarcadas por este precepto.

Ahora bien, sentado lo anterior, no se puede ocultar que esta segunda interpretación del art. 557.2 tampoco está exenta de reparos: resulta algo forzada desde el prisma del principio de legalidad y en esa medida cabría tacharla de voluntarista; o asimismo podría suscitar alguna duda, y aunque esto sería menos relevante, desde el punto de vista del principio de vigencia: la utilidad del art. 557.2 frente al régimen general de las formas de participación previsto en el Libro I del Código penal se limitaría principalmente a elevar la penalidad de las complicidades (psíquicas) en estos delitos al mismo nivel que el autor material, el inductor y el cooperador necesario. Naturalmente que esto último supondría también una discordancia con las reglas generales de punición de las formas de intervención en el hecho delictivo pero sin duda menos grave y más sencilla de justificar en términos de proporcionalidad que el absoluto desbarajuste al que desde esta perspectiva conduce la primera interpretación.

ejecución del delito”, *Revista Jurídica de Cataluña*, V. 79, nº extra 1, 1980, p. 6).

3. Delito de difusión pública de mensajes incitadores o reforzadores de la decisión de cometer desórdenes públicos agravados (art. 559)

El art. 559, tras la reforma de la LO 1/2015, castiga con pena de multa de tres a doce meses o de prisión de tres meses a un año “(1)a 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 del Código penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo”.

Estamos, también aquí, del mismo modo en que se acaba de comprobar que se deriva de la interpretación más viable del art. 557.2, ante la tipificación de actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo. En concreto, de comportamientos de *incitación* a la comisión de desórdenes públicos (agravados), asimilables a la provocación y que integrarían, por tanto, tentativas de inducción colectiva; y, en segundo lugar, de actuaciones de mero *reforzamiento* de la resolución delictiva de otras personas que estructuralmente se corresponderían con una tentativa de complicidad psíquica¹⁸. Lo anterior implica que en ninguno de los dos casos es necesario principio de ejecución del delito: se castiga la mera distribución o difusión pública de mensajes con aptitud para hacer surgir en otro la resolución delictiva o simplemente para reforzar esa decisión ya tomada de cometer un desorden público de los que se recogen en el art. 557 bis.; sin que, como decía, se requiera que a la emisión del mensaje o consigna le siga la efectiva ejecución del desorden público o ni siquiera el inicio de su realización. Esto último, naturalmente, no es obstáculo para que, como también veíamos que sucede en el caso del art. 557.2, sea exigible a efectos de tipicidad que la incitación o la acción de refuerzo moral representen un incremento relevante del riesgo de producción del desorden público, así como que estén presididas por un dolo que alcance al aspecto

18 *Vid.* a este respecto *supra*: epígrafe 2.

incitador o reforzador del comportamiento y a la consumación del desorden público por parte de los sujetos a los que se incita o se refuerza.

3.1. Ámbito de aplicación. Su delimitación frente al delito del art. 557.2

La manifiesta proximidad de las conductas previstas en el art. 559 con las que se regulan en el art. 557.2 —a la luz de la interpretación de este precepto que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, es más probable que prospere— obliga a tratar de delimitar los respectivos ámbitos de operatividad de ambas disposiciones.

La diferencia que a primera vista podría resultar más evidente vendría dada por el hecho de que el art. 559 contempla exclusivamente los supuestos de incitación o de reforzamiento moral a cometer desórdenes públicos agravados del art. 557 bis. Sobre esta base, es cierto que quedará fuera de su órbita típica la difusión pública de consignas o mensajes en los que el desorden público al que se incita o que se refuerza no aparezca vinculado específicamente a algunas de las circunstancias que se enumeran en el citado art. 557 bis. Es decir, se habrá de llamar a realizar un desorden público en el que, por ejemplo, se porten armas u otros instrumentos peligrosos (art. 557 bis 1), o se lleven a cabo “actos de pillaje” (art. 557 bis 3). Ello demandará, además de que el dolo incitador o reforzador abarque concretamente alguna de dichas circunstancias, que el mensaje o la consigna incluya asimismo alguna alusión a éstas. Con todo, debe señalarse en primer lugar que este carácter restrictivo del marco típico del art. 559 resultará en la práctica, en buena medida, sólo aparente: la circunstancia tercera del art. 557 bis acoge en el tipo agravado a todos los hechos que “se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas”, de modo que bastará para que entre en juego el art. 559 con que el mensaje o la consigna se emita en dicho contexto (con ocasión de una manifestación o reunión numerosa), algo que parece bastante probable que suceda a menudo en este tipo de conductas. Pero

sobre todo, desde el punto de vista de la tarea que ahora interesa de demarcar los tipos del art. 557.2 y del art. 559, no se ha de perder de vista que, como ya se ha destacado más arriba, el tipo agravado del art. 557 bis también resulta aplicable al art. 557.2, habida cuenta de que el primero se remite genéricamente a “los hechos descritos en el artículo anterior”; es decir, al art. 557 en sus párrafos primero y segundo. Esto implica que los desórdenes públicos agravados, que constituyen el ámbito en relación con el cual adquieren vigencia las conductas del art. 559, entran también en el radio de acción del art. 557.2 (así sucede claramente —y sin perjuicio de las dudas que en los términos apuntados antes se pueden plantear a propósito de algunas de las otras circunstancias del art. 557 bis— en las llamadas a delinquir realizadas durante o con ocasión de la celebración de manifestaciones o reuniones numerosas a las que se refiere la circunstancia tercera, que es, según lo dicho, la que está llamada obtener mayor relevancia aplicativa en este terreno). La frontera típica entre el art. 557.2 y el art. 559 no puede trazarse, por tanto, a partir de la idea de que las acciones de incitación o de refuerzo psíquico estarían referidas en un caso a los desórdenes públicos del tipo básico y en el otro a los del tipo agravado, dado que, como se viene diciendo, el primero de los preceptos —en relación con el art. 557 bis— engloba comportamientos asociados a las dos clases de desórdenes públicos (básicos y agravados)¹⁹.

En este orden de cosas, interesa también referirse al requisito típico del art. 559 relativo a que la incitación o refuerzo moral del desorden público tenga lugar a través de “la distribución o difusión pública” de mensajes o consignas. Es verdad que el art. 557.2 no requiere la concurrencia de dicha dinámica comisiva, que parece remitir a una propagación masiva, en sinto-

19 De otra opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., pp. 63 y 64; GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 785; o asimismo el Consejo General del Poder Judicial (*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 16 de enero de 2013, p. 259) y el Consejo de Estado (*Dictamen sobre el Anteproyecto...*, cit.).

nía con la referencia a “la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad” contenida en la definición de provocación del art. 18.1 CP. Y que a partir de ahí cabría plantearse si, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 559, encontrarían acomodo en el tipo del art. 557.2 incitaciones o actos de refuerzo que, teniendo en todo caso como destinatarios al “grupo o sus individuos” —por tanto, a un conjunto de personas de carácter indeterminado—, no implicaran el grado de proyección (masiva) que resulta inherente a la “distribución o difusión pública”²⁰. No obstante, aceptar tal matización, que en cualquier caso abarcaría en la práctica un margen muy poco significativo de supuestos, no serviría tampoco para otorgar una esfera de aplicación privativa al art. 559. Pues, obviamente, el hecho de que éste último excluya las incitaciones no masivas no impide que en la genérica descripción típica del art. 557.2 —recuérdese que habla de actuar sobre el grupo o sus individuos incitando o reforzando— sí que quepan, además de aquellas otras, también las llamadas a delinquir con difusión pública que le son propias al delito del art. 559. Es decir, así las cosas seguiría existiendo un solapamiento entre ambos preceptos, que estarían dispuestos de manera concéntrica: el art. 557.2 comprendería todos los supuestos del art. 559 y algunos más —por ejemplo, las acciones de incitación o de refuerzo moral de desórdenes públicos del tipo básico o las realizadas sobre el grupo o sus individuos pero no en términos que pudieran considerarse distribución o difusión pública de mensajes o consignas—.

La delimitación entre el art. 557.2 y el art. 559 se debe establecer principalmente a partir de la necesidad de que las actuaciones de incitación o de reforzamiento moral que integran el primero de los preceptos se lleven a cabo directamente sobre el grupo o sus individuos, bien entendido que cuando se habla aquí de dicho carácter directo se alude a la *inmediación* de la conducta con respecto a sus destinatarios; esto es, para evitar cualquier

20 Si, por ejemplo, el grupo sobre el que se actúa, aun siendo indeterminado, no fuera lo suficientemente numeroso.

equivoco, a la necesidad de que la llamada a cometer el desorden público se realice en este caso de manera *presencial* y no a través de medios telemáticos. Esta exigencia, en el sentido en que se precisaba más arriba, se apoya en el propio tenor literal del precepto, que se refiere a “quienes actúen sobre el grupo o sus individuos”, pero cabe derivarla asimismo de una interpretación sistemática de esta disposición y del art. 559. De otra forma, como se ha comprobado en líneas anteriores, los ámbitos de aplicación de ambos preceptos quedarían superpuestos (las hipótesis que cayeran en el marco del art. 559 lo harían siempre también en el del art. 557.2 en relación con el art. 557 bis) y, en ese caso, el art. 559 restaría vacío de contenido dado que resultaría siempre de preferente aplicación el art. 557.2 por razones de alternatividad (art. 8.4 CP). Lo anterior, además, sin perjuicio de que, desde una perspectiva interpretativa que aceptara el solapamiento típico de ambos preceptos, resolver el apuntado concurso de normas en un sentido distinto —esto es, dotando de un espacio propio al art. 559— y a la vista de que éste castiga exclusivamente supuestos referidos a los desórdenes del tipo agravado del art. 557 bis, llevaría a que la difusión pública de incitaciones a cometer desórdenes públicos agravados recibiera una pena menor (la del art. 559) que esa misma clase de conductas cuando se refirieran a los desórdenes del tipo básico —pues en este caso sólo podría entrar en aplicación el art. 557.2—. A este mismo resultado conduce la interpretación —insisto: contraria al tenor literal del art. 557 bis— que entiende que el art. 557 bis no resulta aplicable al art. 557.2, y que, por tanto, este último precepto abarca únicamente las acciones de incitación o de refuerzo moral relativas a los desórdenes públicos del tipo básico. Desde este prisma, en efecto, las mismas conductas de incitación resultarían más gravemente penadas cuando estuvieran referidas a los desórdenes públicos básicos que cuando lo fueran a los desórdenes públicos agravados, lo que carece de sentido desde parámetros valorativos y de proporcionalidad²¹.

21 A fin de salvar —de *lege ferenda*— la antinomia a la que conduce dicha exégesis, y que asimismo pone de relieve el Consejo General del Poder

Con arreglo a lo hasta aquí expuesto, se ha de concluir que quedarán fuera del tipo del art. 557, y dentro del art. 559, las hipótesis de distribución o difusión pública de mensajes o consignas llevadas a cabo por medios no presenciales o sin que concorra la señalada inmediación de la conducta con respecto al grupo o sus individuos; por ejemplo, y de manera muy particular, las que tengan lugar a través internet o de medios telemáticos en general²². En cambio, propagar un mensaje durante el transcurso de una manifestación a través de un megáfono o mostrando una pancarta o repartiendo octavillas, o por supuesto emitir en ese mismo contexto un discurso dirigido a una multitud, entraría ya en el tipo del art. 557.2 (en todos los ejemplos propuestos, en relación con el art. 557 bis.3, por tratarse de una manifestación o reunión numerosa), por más que tales comportamientos sean asimismo susceptibles de encajar en el concepto de “distribución o difusión pública, a través de cualquier medio” al que alude el art. 559. Dicho de otra forma: aunque en el segundo grupo de supuestos indicado ambos preceptos resultarían en principio

Judicial en su *Informe al Anteproyecto...* (cit., p. 259), el Consejo de Estado sugiere revisar las penas de ambos preceptos, de forma que las del art. 559 se conviertan en superiores. Tal propuesta, por lo que se me alcanza, podría concretarse de dos formas. En primer lugar, rebajando drásticamente la sanción del art. 557.2 —cuyo límite máximo habría de pasar entonces de 3 años a ser inferior a 1 año—. Ello haría que la respuesta penal a este tipo de supuestos fuera desde luego mucho más ajustada a su gravedad, si bien, de nuevo, salvo que se enmendara asimismo el tenor literal del art. 557 bis, no evitaría que el juego de este último precepto en relación con el art. 557.2 siguiera dejando la penalidad de un gran número de casos —todos aquellos al menos que tuvieran lugar con ocasión de una manifestación o reunión numerosa— muy por arriba de la del art. 559 y, por tanto, la incoherencia valorativa persistiría. La opción alternativa para dar cumplimiento a la propuesta del Consejo de Estado implicaría elevar la pena del art. 559 por encima de la del art. 557.2 (en relación con el art. 557 bis) —esto es, por encima de 6 años de prisión—, lo que conduciría a resultados (todavía más) inaceptables desde una perspectiva sistemática y valorativa: se castigaría —no ya igual sino— más al provocador (o al pre-provocador) que al autor del delito consumado de desórdenes públicos.

- 22 Obviamente, me refiero aquí a conductas de distribución o difusión pública que quepa conectar a alguno de los supuestos agravados del art. 557 bis.

aplicables (concurso de normas), el art. 557.2 desplazaría al art. 559; el primer grupo de supuestos, por el contrario, y de acuerdo siempre con la interpretación propuesta, caería solamente en el marco típico del art. 559.

3.2. Valoración crítica

Conviene llamar la atención sobre la diferente gravedad de las sanciones previstas en las dos figuras delictivas que se analizan y, a partir de ahí, sobre el notable salto de penalidad que, de acuerdo con el planteamiento expuesto, se sigue entre los actos de incitación o refuerzo moral presenciales, de un lado, y los realizados a través de vías de difusión telemáticas o a distancia, de otro: si tales comportamientos están referidos a los desórdenes públicos agravados del art. 557 bis la pena sería en el primer caso (conducta presencial) de uno a seis años de prisión (art. 557.bis en relación con el art. 557.2) y en el segundo (conducta no presencial) de multa de tres a doce meses o de prisión de tres meses a un año (art. 559); tratándose de llamadas a cometer desórdenes públicos del tipo básico (art. 557.1), las actuaciones llevadas a cabo con inmediatez sobre el grupo o sus individuos recibirían una sanción de seis meses a tres años (art. 557.2), mientras que en el supuesto contrario –incitación o refuerzo psíquico a distancia– resultarían atípicas.

Las razones de este tratamiento tan dispar podrían buscarse en la mayor peligrosidad —en términos de potencial eficacia suasoria— que (supuestamente) cabría derivar del *modus* (presencial, con inmediatez) en que se efectúa la incitación o se presta el apoyo moral para cometer el desorden público. Debe tenerse en cuenta, no obstante, y en primer lugar, la relativización que permite introducir a este respecto el hecho de que estamos hablando en todo caso de actuaciones que no se proyectan sobre personas concretas sino que están dirigidas a un grupo o a sus individuos (sujeto indeterminado). Por otra parte, se ha de reparar en que las conductas que caen en la esfera del art. 559, y las que resultan por tanto más levemente penadas, son la que alcanzarán normalmente en la práctica a un mayor número de

destinatarios. Y ello ya no porque tal precepto se refiera específicamente a comportamientos de difusión o distribución pública —pues éstos, como ya se ha apuntado, también encajan en el art. 557.2— sino porque, conforme a la tormentosa delimitación del art. 557.2 y del art. 559 a la que hemos visto que aboca la nueva regulación, las incitaciones o actos de refuerzo psíquico que acabarán cobrando relevancia de facto en el marco de éste último serán las que se lleven a cabo a través de medios de difusión telemática o a distancia, y a los que si algo define, en la era de internet y de las nuevas tecnologías, es que implican una acusada expansión de la red de potenciales receptores. Sobre esta base podría decirse que la regulación de estos comportamientos incitadores y de refuerzo moral de los desórdenes públicos se aleja del principal argumento que tradicionalmente ha servido para justificar el castigo de la provocación y que conecta precisamente con el hecho de que aquélla se caracterice por dirigirse a la multitud —arrojándose la idea sobre ella “como semilla a voleo” en la célebre frase de ANTÓN ONECA²³— y con la consiguiente amplificación del riesgo que comporta la implicación de otras personas en el proyecto criminal, en particular aquí por la pérdida de control sobre los hechos delictivos ulteriores²⁴. De hecho, la originaria definición legal de provocación de nuestro Código penal —que se remonta al Texto punitivo de 1870²⁵— se refería exclusivamente a las provocaciones realizadas “por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación”, apuntando por tanto, fundamentalmente, a supuestos de incitación “a distancia”.

Por último, y en íntima conexión con lo anterior, este resultado interpretativo al que —a mi juicio, y por las razones

23 *Derecho penal*, 2ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 439.

24 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La punición de los actos preparatorios”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXI, Fasc. II, mayo-agosto 1968, pp. 292 y ss.; ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982, p. 491.

25 Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, cit., pp. 61 y ss. y MIRA BENAVENT, J., “¿Ha despenalizado...”, cit., pp. 105 y 106 (nota 2).

desarrolladas en páginas anteriores— conduce de forma inevitable la actual configuración de los arts. 557.2 y 559 tampoco se compeadece bien con la lógica que preside el régimen general de los actos preparatorios punibles consignado en la parte general del Código penal actualmente vigente. El art. 18 CP, en efecto, al declarar que la provocación existe cuando se incita “por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”, no parece poner el acento en la naturaleza presencial o no de la incitación —en la definición legal transcrita se acogen claramente en pie de igualdad ambas modalidades— sino más bien en el carácter plural, o incluso masivo, de los destinatarios sobre los que aquélla se proyecta.

En un plano ya más general, el hecho de que la penalidad del art. 559 sea menor no impide que las críticas apuntadas a propósito del art. 557.2 sigan cobrando aquí en gran parte vigencia: estamos ante un excesivo adelantamiento de la barrera de intervención penal, particularmente por lo que se refiere a los comportamientos de reforzamiento moral a cometer desórdenes públicos; en una zona limítrofe, además, con el ejercicio de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho de reunión y manifestación), con el consiguiente riesgo de desaliento cuando no directamente de invasión de su legítimo ámbito de ejercicio de acuerdo con parámetros constitucionales; todo lo cual, en fin, se ve agravado por una llamativa falta de taxatividad en la formulación de las conductas típicas que —en los términos ya señalados con ocasión del art. 557.2— allana el camino a posibles excesos interpretativos.

Pese a todo ello, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 declara —en términos que a mi juicio rozan el cinismo— que con el nuevo tipo penal del art. 559 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”. Como hemos comprobado, si algo plantea dificultades, a la luz

del tenor literal de preceptos como el 557.2 y el 559, es precisamente la delimitación de su ámbito de tipicidad, sobre todo si tal delimitación se quiere hacer salvando la vulneración del derecho fundamental a la libre expresión de la crítica política. Tanto es así que, como ya apunté en otra ocasión, no me parece exagerado afirmar que tales disposiciones recuerdan a la Ley 45/1959 de orden público, cuyo artículo 2 proclamaba como actos contrarios al orden público, entre otros, “todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella”, o simplemente “excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público”; con el (importante) matiz de que con tal definición de la citada ley franquista se delimitaban infracciones administrativas y que en la LO 1/2015 hablamos de conductas que, como es obvio, son objeto de sanción penal²⁶. En la misma línea, cabe recordar que el antiguo art. 248 del CP de 1944/1973, que tipificaba —en términos, por cierto, menos ambiguos y extensos que las figuras de los vigentes arts. 557.2 y 559— dar “gritos provocativos de rebelión o sedición en cualquier reunión o asociación o en lugar público” u ostentar “en los mismos sitios lemas o banderas que provocaren directamente a la alteración del orden público”, tenía prevista pena de arresto mayor (de 1 mes y 1 día a 6 meses). El carácter retrógrado de la presente reforma se pone asimismo de manifiesto al constatar cómo hace desaparecer una por una las principales “mejores técnicas y políticocriminales” que, frente a la anterior regulación, la doctrina había atribuido a la configuración de los delitos de desórdenes públicos del Código penal de 1995 (la eliminación de términos demasiado vagos, la confirmación de que los actos preparatorios resultaban impunes en este terreno delictivo, la eliminación de tipos “que evocaban claramente tiempos auto-

26 Cfr. ALONSO RIMO, A., “Escrachés, derecho de reunión y criminalización de la protesta social”, *Teoría & Derecho*, 2013, n° 14, p. 155. Destaca asimismo el paralelismo de la nueva regulación de los desórdenes públicos con la legislación franquista, GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., pp. 779 y 780.

ritarios, en que la represión contra las revueltas estudiantiles y académicas era una prioridad”, la suavización de algunas penas...)²⁷. Como sentencia CUERDA ARNAU, estamos ante un concepto de orden público que “se inspira en la vieja relación Estado autoritario-súbdito y eso explica que acabe por sancionarse, penal o administrativamente, cualquier acto de rebeldía”²⁸.

Así las cosas, mantener la interpretación restrictiva del art. 557.2 a la que más arriba se aludía²⁹, en el sentido de entender que allí se tipifican formas (consumadas) de inducción y de complicidad psíquica, permitiría otorgar también al art. 559 una dimensión mucho más equilibrada: los comportamientos preparatorios de los desórdenes públicos adquirirían solo relevancia penal desde el prisma de este último precepto y en la medida en que se trataran de incitaciones o de actos de refuerzo psíquico realizados a través de la difusión pública —por cualquier medio: presencial o telemático, sin distinción— de mensajes o consignas, siempre que estuvieran referidos a desórdenes públicos del tipo agravado del art. 557 bis, y recibiendo en cualquier caso una pena inferior (!) a la que les correspondería a los autores del desorden público consumado. Con todo, ya vimos que desde la perspectiva del principio de legalidad esta comprensión del art. 557.2 no resulta sencilla.

27 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes públicos”, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002, p. 587.

28 “Nos queda la palabra: contra la nueva orientación político-criminal en materia de orden público”, en Vives Antón y otros (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 222. Cabría hablar también, en este sentido, de una *vuelta* a la denominada “política penal del orden público”, una de cuyas principales manifestaciones se ha concretado en la persecución del “disenso político” (por más que tal objetivo se enmascare “apelando a la lucha contra la «delincuencia», en general”) (GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, 16, 1982, pp. 51 y ss., y, particularmente, pp. 52, 81 y 91). En este contexto se apela también, de forma más reciente, al concepto de “*burorrepresión*” (vid. sobre ello, OLIVER OLMO, P. (coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 7 y ss.).

29 Vid. *supra*: epígrafe 2.2.

3.3. ¿Tentativa de complicidad psíquica en cadena? Consideraciones de *lege ferenda*

Para acabar con el examen de este delito, quisiera llamar la atención sobre una (más) de las sorprendentes consecuencias a las que puede llevar una interpretación más o menos apegada al texto de la nueva regulación: la remisión del art. 559 a los supuestos típicos del art. 557 bis y la que éste hace, a su vez, y de manera genérica, al art. 557 (lo que incluye sus dos párrafos) no permite descartar el castigo de quien (A) difundiera públicamente un mensaje a través de internet que sirviera para reforzar la decisión de otros (B) de, a su vez, reforzar la disposición de terceros (C) para que éstos —finalmente— realicen un desorden público con ocasión de una manifestación o reunión numerosa (art. 559 en relación con los arts. 557 bis 3 y 557.2). Es decir, estaríamos hablando aquí del castigo de una *tentativa de tentativa* de complicidad psíquica (o de una *tentativa de complicidad psíquica en cadena*)³⁰; algo ciertamente delirante, que ilustra bien la combinación de incompetencia técnica y de «alevosia criminalizadora» de las libertades que informa la reforma en este punto y que, sin perjuicio de la obligación del intérprete de tratar de buscar «salidas» en clave (algo más) garantista, refuerza la convicción de que esta nueva versión de los arts. 557.2 y 559 debería derogarse lo más pronto posible.

Esta línea de pensamiento la comparten, por lo demás, el Consejo General Poder Judicial³¹, el Consejo Fiscal³², el Comi-

30 En rigor, y pese a que palmarias razones de (falta de) ofensividad desaconsejan esta opción interpretativa, tampoco el art. 557.2 excluye terminantemente el castigo de esta figura, lo mismo que el de la provocación en cadena; pues como ya se ha destacado más arriba su tenor literal no requiere el carácter directo de la incitación, a diferencia de lo que sucede en la provocación del art. 18, en cuyo contexto, como es sabido, tal requisito se utiliza como soporte legal para rechazar la punición de la provocación de la provocación (*vid.*, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, C., “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, *La Ley*, n° 1, 1996, p. 1625).

31 *Informe al Anteproyecto...*, cit., p. 258.

32 *Informe al Anteproyecto...*, cit., p. 321.

sario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa³³, el relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de Naciones Unidas³⁴ y se refleja también gráficamente en el hecho de que la totalidad de las enmiendas —con la excepción de las del Grupo Popular— presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de reforma del Código penal en relación con estos preceptos solicitaran su supresión. No se entiende, salvo desde una lógica orientada a la criminalización de la mera protesta ciudadana, que se deban introducir en este terreno delictivo formas de reforzamiento de la disposición delictiva que van más allá de los límites derivados de las reglas generales de punición de los actos preparatorios. Y en este sentido todavía resulta más llamativo —y al mismo tiempo ilustrativo— que *los desórdenes públicos reciban desde este punto de vista un tratamiento penal más severo que los propios delitos de terrorismo*. El art. 579, en la versión vigente tras la reforma que introduce la —nada sospechosa de indulgente, por cierto— Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de reforma penal en materia de delitos de terrorismo, castiga en efecto —frente a la equiparación penológica que ya hemos visto que se establece en el terreno de los desórdenes públicos entre conductas preparatorias y delito consumado— con una pena *inferior en uno o dos grados* a la prevista para el delito de que se trate al que “por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión a alguno de los delitos de este capítulo” (relativo a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo)³⁵. Y algo similar cabe decir respecto

33 N. MUIŹNIEKS, *Informe...*, cit., pp. 41 y 42.

34 M. KIAI, *Informe...*, cit., pp. 59 y 60.

35 A su vez, el párrafo segundo del mismo precepto prevé idéntica pena (esto es, la inferior en uno o dos grados a la del delito de referencia) para el que “públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de algunos de los delitos de este capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa”, y el art. 578, por su parte, asigna una pena de prisión de uno a tres años y de multa de doce a dieciocho meses a los comportamientos de enaltecimiento o justificación públicas del terrorismo.

del enaltecimiento del genocidio, por citar el otro ámbito delictivo más significativo en el que se han tipificado en nuestra historia penal reciente apologías débiles o supuestos de mero refuerzo moral equiparables, en los términos en que se ha explicado, a los previstos en los arts. 557.2 y 559³⁶. Todo lo cual, como antes decía, quizás se explica —aunque no por ello se justifica— a la vista de los datos que reflejan el notable aumento de la protesta ciudadana que ha tenido lugar en los últimos tiempos³⁷.

Si el legislador considera político-criminalmente adecuado castigar fases anteriores al inicio de ejecución en estos delitos sería preferible desde luego, como ya ha destacado la doctrina³⁸, que se remitiera al régimen general de punición de los actos preparatorios.

Por último, a partir de lo hasta aquí expuesto creo que es posible sostener que los nuevos delitos de los arts. 557.2 y 559 son una prueba evidente de que resulta fundada la tradicional crítica que asocia el castigo de las conductas de preparación delictiva al riesgo de deslizamiento hacia un Derecho penal de autor y, a partir de ahí, al riesgo de degeneración en la persecución ideológica y política³⁹.

36 Pues aunque aquí la pena, tras la reforma de la LO 1/2015, es de prisión de uno a cuatro años y de multa de seis a doce meses (art. 510.1.c), sigue resultando en cualquier caso, y como es lógico, mucho menor a la que se atribuye al autor del delito de genocidio y del resto de infracciones que se incluyen ahora también en el marco del citado art. 510.1c).

37 Atendiendo a la información ofrecida por los sucesivos *Anuarios estadísticos* del Ministerio del Interior se observa una espectacular progresión: 4.527 “manifestaciones comunicadas” en 2007, 8.760 en 2008, 18.568 en 2009, 21.941 en 2010, 21.297 en 2011, 44.233 en 2012, 43.170 en 2013 y 36.679 en 2014 (<http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2014.pdf/4c7f4a33-0b68-49ec-9abd-df470992f43b>, última visita: 29 de julio de 2015).

38 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 66.

39 *Id.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La punición...”, cit., pp. 288 y ss. Y asimismo, recordando cómo la evolución histórica de la legislación a este respecto muestra de manera gráfica la dependencia entre la regulación de los actos preparatorios y la situación política vigente en cada momento, ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones...”, cit., pp. 491 y ss. Cfr. también

4. Desórdenes ¿públicos?: el delito de ocupación de oficinas o locales (art. 557 ter)

Ya se ha subrayado que el legislador de 2015 no se muestra para nada indiferente al incremento de la protesta social habido en tiempos recientes y que se ha empleado de manera decidida en asegurar su represión, tanto por vía penal como por vía administrativa. También en el caso del nuevo delito del art. 557 ter salta a la vista que de lo que se trata es, sobre todo, de criminalizar acciones de expresión de disidencia ciudadana que han cobrado protagonismo de forma reciente, aunque para ello se hayan de violentar, de nuevo, principios penales esenciales y dilatar, hasta desvirtuarlo, el concepto de orden público entendido en sentido democrático y como objeto de tutela penal.

La conducta típica se cifra en invadir u ocupar determinados espacios físicos ocasionando una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal. El tipo no exige ninguna clase de violencia (sobre las personas o sobre las cosas) o de intimidación⁴⁰ y si la referida “perturbación relevante de la paz pública” va acompañada de manera clara de tales elementos lo normal será que resulte aplicable la figura de desórdenes públicos del art. 557.1. Así las cosas, es de prever que en el marco típico del art. 557 ter caigan generalmente comportamientos de ocupación que, en los términos en que se acaba de precisar, cabe denominar pacíficos⁴¹.

Igual que sucede ahora en el tipo básico de desórdenes públicos (art. 557.1), sujetos activos pueden ser aquí los que actúan “en grupo o individualmente pero amparados en él”. Los

MUÑAGORRI LAGUIA, I., “Punición o despenalización de la proposición para delinquir”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 42, Fasc. 3, 1989, pp. 1004 y 1005.

40 La propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 alude, en referencia a esta nueva figura delictiva, a la tipificación de supuestos de entrada en locales y establecimientos “cuando no se hubieran llegado a producir actos de violencia o amenazas”.

41 *Vid.*, con todo, las matizaciones apuntadas *infra* (nota a pie 58) a propósito del art. 558, que resultan en buena medida aquí aplicables.

riesgos que desde el punto de vista interpretativo entraña esta fórmula ya han sido puestos de manifiesto por la doctrina⁴²; lo mismo que las dudas sobre el hecho de que una actuación individual, por más que se ampare en la presencia de otras personas, pueda reunir con carácter general suficiente contenido de injusto⁴³, bien entendido que estamos hablando —en principio— de un delito contra el orden público⁴⁴. Por otra parte, los verbos típicos —invadir y ocupar— parecen demandar cierta permanencia en el tiempo de la conducta. Algo que de todas formas será necesario normalmente para que concorra la “perturbación relevante” de la paz pública y de la “actividad normal” del espacio ocupado que también requiere el tipo.

El lugar susceptible de invasión u ocupación se configura de manera muy amplia: se habla del “domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local”; añadiéndose a continuación la expresión “aunque se encuentre abierto al público”. Esto último, a mi parecer, implica que también se incluyen aquí los supuestos de invasión de locales cerrados al público o bien abiertos pero fuera de su horario de apertura (piénsese, por ejemplo, en los antiguos trabajadores de una fábrica que han sido despedidos y que deciden protestar por ello invadiendo su sede con gritos y pancartas). Contrariamente, algún autor ha entendido que el precepto abarca sólo los casos de entrada en un local abierto al público en sus horas de

42 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 63; CUERDA ARNAU, M.L., “Desórdenes públicos...”, cit., p. 1297; GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 781.

43 BAUCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes...”, cit., p. 976. *Vid.* también el *Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, cit., p. 60.

44 Sin perjuicio de la consideración apuntada desde el plano valorativo, y a la luz de alguna de las interpretaciones que admite la ambigua expresión legal objeto de análisis (*vid.* GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 781), también cabe preguntarse cómo sería posible, en términos estrictamente fácticos, que un solo individuo —insisto, por mucho que se apoye en un grupo de personas (¿que se quedan fuera del inmueble?)— puede *invadir u ocupar* un local.

apertura⁴⁵. Esta solución interpretativa facilitaría mucho las cosas desde la óptica del principio de ofensividad (en punto a la exclusión de conductas difícilmente lesivas del orden público, respecto de las cuales, no obstante, podría plantearse su encaje formal en el tipo), así como a efectos de fijar la frontera típica entre esta figura delictiva y el allanamiento de domicilio de persona jurídica o establecimiento abierto al público del art. 203.1 y de salvar con ello los problemas concursales que de otra forma se suscitan. Pero, tal y como yo lo veo, semejante lectura del precepto choca de lleno con el principio de legalidad. El tenor literal del art. 557 ter no sólo no exige en ningún momento tal requisito, refiriéndose genéricamente al domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, despacho, establecimiento, oficina o local⁴⁶; sino que, como antes indicaba —y éste es el principal inconveniente al respecto—, al establecer que la conducta será ilícita “aunque” —es decir: incluso cuando— el local se encuentre abierto al público, refleja a las claras que ello no es necesario⁴⁷.

45 BAUCCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes...”, cit., p. 979. Cfr., también en esta línea, el *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto...*, cit., p. 323.

46 Algo similar sucede, por cierto, con la infracción análoga que introduce paralelamente la nueva Ley de protección de la seguridad ciudadana, en donde se habla de “(l)a ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos” (art. 37.7 LOPSC), también en este caso sin ningún tipo de matiz o restricción al respecto.

47 Puede ser que con tal referencia el legislador pretendiera simplemente subrayar que el hecho de que el comportamiento invasivo o de ocupación tenga lugar en un local “abierto al público”, durante el margen de tiempo en que el acceso es libre para cualquier persona, no constituye óbice para la punición de la conducta. Ahora bien, fuera ésa o no la voluntad del legislador (la tramitación parlamentaria del precepto no aporta elementos de juicio concluyentes sobre este particular), lo cierto es que lo que se acaba plasmando en la Ley, o, si se quiere, el sentido objetivo del texto legal, creo que no permite concluir, con arreglo a lo ya explicado, que el marco típico de la disposición analizada se deba contraer a los casos de invasión u ocupación de locales abiertos al público dentro de sus horarios de apertura. Cuestión distinta sería si el tenor literal del precepto hubiera prescindido de la repetida expresión legal (“aunque se encuentre abierto al público”), limitándose a aludir a los domicilios de personas jurídicas, despachos, establecimientos,

Por todo lo anterior, a mi juicio debe ser la citada exigencia de “perturbación relevante de la paz pública” la que se erija en clave interpretativa del precepto; así, por lo que importa a la delimitación del delito frente a otras conductas típicas adyacentes, pero sobre todo a fin de evitar el castigo de la mera discrepancia ciudadana, de comportamientos inocuos o no merecedores de reproche —al menos— penal. En la versión del texto del anteproyecto bastaba a estos efectos con “la perturbación relevante de su actividad normal” (del establecimiento, local, etc.). La redacción definitiva eleva, pues, el umbral de lesividad del tipo al requerir, además, una perturbación relevante de la paz pública (que cuando concurra traerá consigo normalmente el extremo anterior; esto es, una afectación importante al normal funcionamiento del local). Obsérvese, no obstante, la ambigüedad que rezuman tanto la mención a que la perturbación sea “relevante” como el propio concepto de “paz pública”. Este requisito típico, según decía, debería servir para restringir el ámbito de lo punible, desde luego por razones de ofensividad pero también para dejar margen de vigencia al ilícito equivalente de carácter administrativo —que es el marco natural al que corresponde la sanción de esta clase de conductas—: en el sentido ya señalado más arriba, la reformada Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana introduce una nueva infracción (leve) consistente en “la ocupación de 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” (art. 37.7 LOPSC). Lo cierto es, sin embargo, que la eficacia limitadora del repetido requisito típico, a la vista de los términos en

oficinas, etc., en cuyo caso sí cabría llegar a aquel resultado exegético por vía de interpretación teleológica y sistemática; o bien, en la opción preferible desde el punto de vista del mandato de taxatividad, que se hubiera precisado explícitamente la necesidad de que la acción típica se llevara a cabo en una oficina o local abiertos al público en sus horas de apertura.

que está formulado, puede quedar absolutamente relativizada. A propósito de esto último, no se debe olvidar que en este contexto el *orden público* y la *paz pública*, y al margen ahora de los matices diferenciales que se intentan establecer entre ambos conceptos, tienen un inevitable componente colectivo-social que se suele vincular con la seguridad en la calle o la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana⁴⁸ o también con el uso de los espacios públicos⁴⁹. Desde este prisma, y sin que ello implique desconocer que la invasión de determinados lugares privados en función de las circunstancias puede tener una grave repercusión en el plano de la vida colectiva⁵⁰, resulta cuestionable y disfuncional que el art. 557 ter contemple, por ejemplo, la ocupación de domicilios de personas jurídicas privadas en general, con independencia de si se trata o no de un

-
- 48 Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 805; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes...”, cit., pp. 586 y 587; GARCÍA ALBERO, R., “De los desórdenes públicos”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código penal español*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1637; GÓMEZ TOMILLO, M., “De los desórdenes públicos”, en *idem* (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex nova, Valladolid, 2011, pp. 1889 y 1990; JORGE BARREIRO, A., “De los desórdenes públicos”, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1355; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra el orden público”, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1338; QUERRALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 1209 y 1210; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 65 y ss.; VIVES ANTÓN, T.S./CARBONELL MATEU, J.C., en Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez-Buján, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Lección XLII.3. Cfr. también, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “Faltas contra el orden público”, en Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014, p. 1916.
- 49 PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en Luzón Peña (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 948 y ss.

lugar abierto al público o de si, en el caso de que sí que lo sea, la conducta se realiza o no fuera de su horario de apertura. Como he explicado antes, creo que desde una interpretación respetuosa con el principio de legalidad no se puede concluir que el precepto limite su alcance a los establecimientos o locales abiertos al público en sus horas normales de apertura. De ahí la importancia de alentar una comprensión restrictiva del delito a partir de la referencia típica a la “perturbación grave de la paz pública” y de, sobre esa base, exigir en todo caso —también cuando la actuación se proyecte sobre espacios físicos cerrados al público, o sobre establecimientos o locales públicos o privados abiertos al público pero fuera de sus horarios de apertura—, que la conducta adquiera la reseñada trascendencia colectiva⁵¹. De otro modo, no se ve cómo dichos comportamientos podrían conectarse (sin desnaturalizarlo) al objeto de tutela de estos delitos⁵².

Por cierto que, abundando en este planteamiento y siempre desde la perspectiva del bien jurídico orden público —a cuya protección se debe en teoría la existencia de este grupo de

50 Cfr., haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo en este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., “Desórdenes públicos”, en Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014, p. 1737.

51 Con ello, según creo, habrán de acabar quedando fuera de la órbita típica del art. 557 ter la gran mayoría de los supuestos de invasión u ocupación de espacios cerrados al público o abiertos pero fuera de sus horas normales de apertura.

52 En la línea de lo afirmado en el texto, se había resaltado ya por parte de la doctrina la inadecuada ubicación sistemática en el título de las “Faltas contra el orden público” de la antigua falta de permanencia en domicilio de persona jurídica fuera de sus horas de apertura (art. 635 CP en su redacción anterior), convertida ahora en delito leve (art. 203.2). *Vid.* a este respecto, atribuyendo este hecho al tradicional carácter residual de dicha rúbrica, en la que se incluían “todas las infracciones menores que no halla(ba)n acomodo en otros títulos”, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “Faltas...”, cit., p. 1915. *Vid.* también, llamando la atención sobre la incidencia “absolutamente nimia o intrascendente” que la conducta tipificada en el art. 557 ter en general puede tener sobre la paz pública, GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 786.

delitos—, resulta asimismo llamativo que se castiguen las perturbaciones relevantes de la paz social que se puedan derivar de conductas no violentas ni intimidatorias llevadas a cabo en los espacios físicos a que se refiere el art. 557 ter —que serán normalmente cerrados— y que, por el contrario, esa misma perturbación (relevante) de la paz pública si se sigue de una conducta también pacífica pero realizada en un espacio abierto no merezca ningún reproche penal con carácter general, y salvo en lo que respecta a los supuestos que puedan caer en el ámbito del art. 558 (por ejemplo, los que tengan lugar en un espacio abierto “con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales”). Desde el mencionado punto de vista, en el caso del art. 558 —precisamente por la naturaleza pública del establecimiento o del contexto, o por las posibilidades de proyección sobre una colectividad de personas que caracteriza a todas las situaciones típicas o lugares que allí se contemplan (acto público, establecimiento público, centro docente, etc.)— es más fácil justificar que conductas no violentas o intimidatorias pero perturbadoras del orden público resulten punibles con independencia de si acaecen en lugar cerrado o abierto. Pero aquellas peculiaridades, como se ha tenido ocasión de comprobar, no concurren en los supuestos que contempla el art. 557 ter. Al margen ahora de que personalmente creo que las dos hipótesis que se plantean a continuación deberían quedar libres de respuesta punitiva: ¿por qué sí castigar la alteración de la “paz pública” que pueda generar la invasión pacífica de un banco y no en cambio ese mismo comportamiento de ocupación pacífica cometido en un espacio abierto —por ejemplo, en una calle transitada por coches— siendo que en este caso podría derivarse también —y en realidad, por lo antes dicho, aquí de manera mucho más verosímil— una semejante perturbación de la “paz pública”? Desde la óptica del orden público —insisto—, y no de otros bienes que sí que se pueden ver más fácilmente comprometidos en un espacio cerrado —como la intimidad domiciliaria o la libertad de obrar o ambulatoria— pero que obviamente no se ocupa de tu-

telar este precepto, tal divergente tratamiento sería difícil de explicar si no fuera porque conocemos las “razones” concretas que han motivado la tipificación de estas conductas: sofocar ciertas acciones de protesta ciudadana que han adquirido notoriedad en los últimos tiempos, particularmente las ocupaciones pacíficas de oficinas bancarias⁵³.

Pues bien, dejando ahora de lado este orden de consideraciones, se debe destacar que, incluso partiendo de los parámetros interpretativos restrictivos del art. 557 ter que se han apuntado como deseables, la incriminación de esta clase de conductas resulta criticable desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación⁵⁴. Es preciso insistir aquí una vez más, y por evidente que sea, en la importancia del papel que debe jugar en un sistema democrático el citado derecho fundamental. Éste es, como ha explicado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, una “manifestación colectiva de la libertad de expresión” y “cauce del principio democrático participativo” y

53 Es ilustrativa en esta línea la enmienda nº 185 del Grupo Parlamentario la Izquierda plural en el Congreso: “Puesto en el contexto actual, el proyectado artículo 557 ter pone de manifiesto un indisimulado intento por penalizar con mayor severidad determinadas conductas por medio de las cuales se están movilizandoy 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 privadas y que, ciertamente, incomodan e inquietan a las empresas del sector bancario implicadas y puede que también a los poderes públicos que probablemente se sientan en buena medida interpelados”. En sentido parecido, las enmiendas nº 61 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso y la nº 768 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. Cfr. también DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 64, para quien el precepto se orienta a criminalizar los piquetes informativos de huelga.

54 La enmienda nº 272 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso habla de “limitación desproporcionada” del ejercicio legítimo del derecho de reunión, y, en un tono más elevado, la enmienda nº 61 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso declara, a propósito del precepto en examen, que “(c) riminalizar la protesta pacífica y el ejercicio de la libertad de expresión es inconstitucional, antidemocrático y más propio del régimen franquista”.

de ahí que sus límites se hayan de interpretar con carácter general de forma restrictiva y a la luz del principio *favor libertatis*⁵⁵. Todo lo anterior, pese a que obliga al legislador de un Estado democrático a no utilizar la intervención punitiva como factor de desaliento del ejercicio de derechos fundamentales⁵⁶, no ha constituido obstáculo para que la disposición que se comenta tipifique acciones de ocupación no violentas ni intimidatorias, claramente colindantes con el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación, y para que, pese a ello, les asigne una sanción que puede ser de prisión de hasta seis meses y que fácilmente cabrá que llegue hasta nueve meses, toda vez que su párrafo segundo prevé la aplicación de la pena superior en grado cuando, entre otros supuestos, “los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas”.

Desde estas premisas, será todavía mucho más cuestionable, lógicamente, una interpretación del art. 557 ter que no se atenga a los criterios restrictivos más arriba precisados (y en particular, que no dote de un contenido material relevante al requisito típico de “perturbación relevante de la paz pública”), pues en tal caso sólo quedará el castigo de bienes ya tutelados por tipos delictivos distintos (como la intimidación domiciliaria del delito de allanamiento de domicilio de personas jurídicas, o la libertad de obrar de las coacciones) o bien la simple criminali-

55 *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC 195/2003, de 27 de octubre, o 193/2011, de 12 de diciembre. En la misma dirección se ha pronunciado igualmente en numerosas ocasiones el TEDH (*vid.*, por ejemplo, las SSTEDH caso Asghughyan c. Armenia, de 17 de julio de 2008, o caso Barraco c. Francia, de 5 de marzo de 2009). Asimismo, sobre el contenido esencial y el ámbito de ejercicio del derecho, *vid.* MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 44 y ss.

56 *Vid.*, CUERDA ARNAU, M.L., “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Derecho*, 2013, nº 13, pp. 224 y ss., y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 61 y ss.

zación de la protesta ciudadana y de comportamientos molestos que a lo sumo, y por las razones apuntadas, deberían sancionarse por vía del ya citado art. 37.7 de la LOPSC.

Por lo que se refiere a la delimitación típica entre el art. 557 ter y otros preceptos, debe advertirse en primer lugar que el hecho de que el art. 557.1 no contenga ya, tras la reforma, la mención expresa a la invasión de instalaciones o edificios y de que se tipifiquen ahora específicamente en el art. 557 ter esta clase de comportamientos no representa un estrechamiento del contenido del tipo básico de desórdenes públicos en favor del nuevo tipo más leve (art. 557 ter), ni por tanto, pese a lo que diga la Exposición de Motivos de la reforma, la regulación de estas hipótesis como “supuesto atenuado”. Lejos de ser así, las conductas de invasión de instalaciones o edificios que antes caían en el marco del primero, y habida cuenta de que, según concepción doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, exigían ya entonces —pese a que no lo requería el tipo expresamente respecto de estos casos— la presencia de violencia o fuerza⁵⁷, lo seguirán haciendo ahora de acuerdo con el nuevo tenor del art. 557.1 que habla genéricamente de alterar la paz pública mediante actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas o de amenazas. Por su parte, el art. 557 ter hemos visto que integrará los supuestos de invasión u ocupación *pacíficas* —sin violencia ni intimidación— de locales o lugares asimilados que cumplan con los requisitos típicos que ya conocemos (actuación en grupo o amparada por éste que ocasione una perturbación relevante de la paz pública). De esta forma, en realidad, se amplía también el radio de punición de los comportamientos de invasión u ocupación pacífica de espacios, pues si hasta el momento éstos sólo admitían castigarse en este ámbito delictivo a través del art. 558 (y en tanto que reunieran

57 *Vid.*, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes...”, cit., p. 590; JORGE BARREIRO, A., “De los desórdenes...”, cit., p. 1356; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los delitos de desórdenes...*, cit., pp. 104, 124, y 133 y ss.; CUERDA ARNAU, M.L., “Desórdenes...”, cit., pp. 1295 y 1296; GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 786. Cfr., no obstante, LLOBET ANGLÍ, M., “Desórdenes...”, cit., p. 1737.

las exigencias típicas allí previstas), ahora cabrá hacerlo también *ex art. 557 ter*, que, en lo que respecta a ese tipo de conductas, se viene a superponer en cierta medida —rebasándolo— al anterior.

La reforma, en efecto, no toca el art. 558, que sigue sancionando, pues, a “los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales”. Se trata también en este caso de actuaciones que no exigen violencia o intimidación⁵⁸, entre las que, como decía, pueden darse supuestos de invasión u ocupación pacífica de espacios y de las

58 No lo exige explícitamente el tipo ni tampoco resulta sencillo derivar sin más esta condición de una interpretación teleológica, pues ello desdibujaría en gran medida la frontera típica entre dicho precepto y el tipo básico del art. 557.1. Con ello, se podrían ver favorecidas interpretaciones en virtud de las cuales conductas de dicha índole (violentas o intimidatorias) que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal, o en cualquiera de los lugares o situaciones concretos a los que se refiere el art. 558, acabarían recibiendo con carácter general un tratamiento privilegiado —y desde un punto de vista valorativo difícil de justificar— frente al resto de alteraciones de la paz pública llevadas a cabo mediante violencia o amenazas que entrarían en el marco del art. 557.1., cuya pena es mucho mayor; o bien, alternativamente, si se resolviera el concurso de normas desplazando al art. 558 en favor del art. 557.1, el primero quedaría prácticamente vacío de contenido. Cfr., destacando que el art. 558 no precisa los medios comisivos del art. 557.1, así como su carácter subsidiario frente a este último precepto (en su versión anterior), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes...”, cit., pp. 591 y 593; GARCÍA ALBERO, R., “De los desórdenes...”, cit., pp. 1649, 1652 y 1653; BAUCCELLS LLADÓS, J., “De los desórdenes públicos”, en Córdoba Roda y García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, T. II, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 2548 y 2551. De otra opinión, TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los delitos de desórdenes...*, cit., p. 109, para quien se debe hacer una interpretación restrictiva del art. 558 en el sentido de requerir el “empleo de violencia”. En cualquier caso, que, como aquí se entiende, el art. 558 no exija como requisito típico (esto es, necesariamente) la presencia de violencia o intimidación no impide que pueda —y deba— acoger también, en detrimento del art. 557.1, hipótesis de alteración del orden —referidas a las situaciones típicas que ya conocemos— en las que la violencia o la intimidación concurren de manera leve. Así ha venido sucediendo, de hecho, en

que, dadas las situaciones típicas en que se deben llevar a cabo (audiencia de un juzgado, con ocasión de un acto público, en establecimientos públicos, centros docentes, etc.), será más fácil que se siga la trascendente afectación al orden público que conforma el injusto del delito. Así las cosas, habrá casos (por ejemplo, la ocupación de una oficina o establecimiento público que comporte una grave perturbación del orden) que en principio se podrán castigar indistintamente a través de una u otra figura delictiva, si bien al ser coincidente la penalidad prevista en los dos tipos la cuestión tampoco obtiene mayor trascendencia. Esto sentado, y dejando ahora al margen otras formas de conductas alteradoras del orden público que pueden encontrar cabida en el tipo del art. 558 distintas a las de invasión u ocupación de espacios —pues son éstas últimas las que interesan a efectos de delimitar las dos disposiciones tratadas—, se ha de destacar que, frente al marco de tipicidad del art. 557 ter, el art. 558 permitirá alojar actuaciones de dicha clase —llevadas a cabo de manera individual o plural— en contextos que pueden no encajar necesariamente en el ámbito del primero (como los que tengan lugar por ejemplo en un espacio al aire libre y con ocasión de los actos públicos de cualquier autoridad o corporación o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales). A su vez, y en el sentido que antes se apuntaba, el art. 557 ter también va a desplegar, con respecto a la esfera típica del art. 558, cierta virtualidad ampliadora del castigo de este tipo de comportamientos de ocupación, acogiendo hipótesis que quedan fuera de este último precepto (por ejemplo, las referidas a domicilios de personas jurídicas privadas o a establecimientos o locales de esta misma naturaleza en situaciones ajenas a la celebración de actos públicos de una autoridad o corporación o de espectáculos deportivos o culturales).

la práctica. Es decir, la jurisprudencia ha aplicado hasta la fecha el art. 558 a ambos tipos de casos, tanto a los no violentos cuanto a aquellos en los que este elemento obtiene escasa significación (*vid.* a este respecto la doctrina jurisprudencial y los diversos supuestos de hecho recogidos por GÓMEZ TOMILLO, M., “De los desórdenes...”, cit., p. 1895).

Sin perjuicio de la demarcación hasta aquí trazada entre ambas figuras delictivas, es obvio que una regulación semejante, en la que se yuxtaponen preceptos que regulan comportamientos similares y en parte coincidentes sin pretensión sistemática alguna, no contribuye a la claridad interpretativa y denota, de nuevo, mala técnica legislativa.

En un nivel de importancia menor, pues el margen de confluencia es en este caso mucho más estrecho, conviene también abordar la delimitación entre el delito en análisis y el de usurpación del art. 245.2 (usurpación pacífica o impropia). La nota diferencial más evidente viene dada aquí por la diversa naturaleza de una y otra figura delictiva. La usurpación, como es sabido, es una infracción de carácter patrimonial, mientras que en el art. 557 ter estamos ante un delito contra el orden público. Ello explica que este último necesite que la conducta invasiva o de ocupación del local vaya acompañada de la tantas veces repetida perturbación relevante de la paz pública, elemento que, como es lógico, resulta completamente extraño al primero de los delitos. Dicho esto, habida cuenta de que los verbos típicos son coincidentes —se trata en definitiva de ocupar— y de la amplitud con que en ambos preceptos se definen los espacios que pueden ser objeto de dicha acción y de la consiguiente superposición entre ellos (el art. 557 ter habla de “establecimiento” o “local”, y el 245.1 de “inmueble” o “edificios”, en los dos casos junto a otras posibilidades) sería posible en abstracto plantearse un ámbito de intersección entre ambos tipos. Lo normal en la práctica será que entren en el perímetro del art. 557 ter las conductas de ocupación realizadas con voluntad de permanecer temporalmente en el local frente a las permanencias de vocación más indefinida o a largo plazo que son propias del delito de usurpación y que en esa medida cabe considerar que atentan contra el patrimonio, y en concreto contra el tranquilo disfrute de los bienes inmuebles⁵⁹. Con todo, entiendo que tal criterio

59 *Vid.* BAUCELLS LLADÓS, J., “De la usurpación”, en Córdoba Roda y García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, T. I,

no es válido para establecer una separación tajante entre las dos figuras delictivas en liza dado que ni se deriva de la regulación vigente ni servirá como regla general para todos los casos que se puedan plantear en la práctica —por más que sí para la gran mayoría—⁶⁰. No se debe olvidar la holgura con que se describe el desorden público del art. 557 ter, lo que de entrada no excluiría del tipo acciones de protesta concebidas con una vocación de cierta prolongación en el tiempo o incluso con un carácter indefinido y supeditado a la consecución de un determinado objetivo —como de hecho sucede en algunos casos— siempre que de aquéllas se derivara una afectación relevante a la paz pública y a la normal actividad del local o establecimiento invadido. En este escenario —que es obvio que no será el más frecuente— tal comportamiento de ocupación de un local podría dar lugar a un concurso entre ambos delitos por la respectiva lesión al orden público y al patrimonio.

Y algo similar cabe concluir con respecto a la posible concurrencia del delito de invasión u ocupación de locales del art. 557 ter y el de allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público del art. 203.1. Si como hemos visto el art. 557 ter no excluye los supuestos de invasión u ocupación de domicilios de personas jurídicas o establecimientos abiertos al público fuera de las horas de apertura, en los casos en que la conducta se produzca en estas circunstancias y en que pueda considerarse que aquélla va acompañada de una perturbación relevante de la paz pública y de la actividad normal del local creo que no habría más remedio que castigar por ambos delitos⁶¹. Sin perjuicio ahora de que el tipo del art. 557 ter

Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 710 y ss.

60 En sentido distinto parece pronunciarse BAUCCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes...”, cit., p. 979, así como el *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto...*, cit., p. 324.

61 Lo mismo resulta extensible al nuevo tipo del art. 203.2 para aquellos supuestos en que se acceda al local con consentimiento de su titular y una vez revocado aquél los sujetos se nieguen a abandonarlo; pues igualmente en

no implica de suyo la lesión de la intimidad domiciliaria —bien entendido que también acoplan en él las hipótesis, que serán más frecuentes en la práctica, en que la ocupación se refiera a locales abiertos al público y en su horario normal de apertura—, adviértase que la pena del delito de allanamiento es más grave que la del art. 557 ter, de manera que difícilmente podrá admitirse que el desvalor del primer delito —allanamiento— pueda quedar consumido en el del segundo —desórdenes—. En sentido inverso, tampoco es posible entender que el delito de allanamiento absorbe al de desórdenes públicos, que como sabemos exige una perturbación relevante de la paz pública, aspecto que resulta de todo punto ajeno al primero.

Por lo demás, la cláusula final del art. 557 ter que, una vez que queda establecida la pena que corresponde aplicar a la infracción, apostilla “salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”, no puede interpretarse como una prescripción que impida el juego de las reglas generales del concurso de delitos —cuando, como sucede en los supuestos a los que se está haciendo referencia, nos encontremos ante conductas cuyo desvalor no resulte abarcado por entero por ningún precepto, y en las que sea posible aplicar simultáneamente varios de ellos sin vulnerar el principio *ne bis in idem*—; sino que, a lo sumo, podrá tener la virtualidad de, en el marco de las hipótesis de concurso de normas, alterar la previsión del art. 8 otorgando prioridad al criterio de alternatividad frente al resto.

5. Públicos ¿desórdenes?: el delito de generación de alarmas falsas (art. 561)

A diferencia de lo que sucede en los arts. 557.2, 557 ter y 559, no estamos aquí ante una figura delictiva de nueva creación. Con todo, el art. 561 sí que sufre con la reforma una profunda

estos casos cabría hablar de “ocupación” en los términos del art. 557 ter y plantearse entonces su aplicación en la medida en que se dieran también el resto de sus requisitos típicos.

remodelación que, como veremos, orienta la infracción hacia terrenos extraños al concepto de orden público y que redundará en cualquier caso en una ampliación del margen de tipicidad del precepto.

En primer lugar, la nueva formulación típica, del mismo modo que acontece en el tipo básico de desórdenes públicos del art. 557.1⁶², prescinde del elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de atentar contra la paz pública. Por otro lado, describe de manera más genérica —huyendo del casuismo de la redacción anterior— las conductas de generación de alarma falsa: ya no se habla de afirmar falsamente “la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud” sino que el núcleo de la conducta típica consiste ahora en afirmar falsamente o simular, ya sea “una situación de peligro para la comunidad” (referencia que acoge desde luego todos los supuestos de la redacción anterior y muchos otros de menor gravedad) o bien la producción de un siniestro a consecuencia del cual resulte necesario prestar auxilio a otro. Por último, se añade la exigencia típica de que con el comportamiento anterior se provoque “la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento”.

Ésta última es, a mi juicio, la modificación más importante y perturbadora que introduce el nuevo art. 561. Pues si a la presencia de este requisito típico le sumamos la ya apuntada desaparición del elemento subjetivo del injusto y de la alusión que la anterior redacción contenía a “la alarma o alteración del orden efectivamente producida”⁶³ y también, en fin, el hecho de que, contrariamente a lo que ocurre en los arts. 557.1 y 557 ter, se evite aquí cualquier mención a la necesidad de alteración o

62 *Vid.* sobre ello, críticamente, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 63; CUERDA ARNAU, M. L., “Desórdenes...”, cit., pp. 1296 y 1297; GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., p. 782.

63 Que cabía considerar “como mínimo criterios para determinar la pena aplicable y tal vez elementos necesarios para la consumación del tipo” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes...”, cit., pp. 595 y 596).

causación de una perturbación relevante de la paz pública, se podría llegar de manera razonable a la conclusión de que el legislador ha querido incriminar la simple movilización injustificada de servicios de emergencia sin requerir ninguna clase de efectiva repercusión en el orden público⁶⁴. Por cierto que, pese al llamativo casuismo que caracteriza el régimen de infracciones de la nueva Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, no se prevé en ella ningún ilícito asimilable a esta figura. A lo sumo, por lo que se me alcanza, sería posible insertar estos comportamientos, y desde luego no en todos los casos —¡pues aquí sí que se necesita la efectiva causación de un desorden!— en la infracción consistente en “causar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos” (art. 36.3 LOPSC). Este dato podría servir también como argumento —aunque relativo o en todo caso menor— para reforzar la sospecha de que la indicada más arriba es efectivamente la pretensión del legislador.

No se puede ocultar que, en rigor, la mera afirmación falsa o simulación de una situación de peligro para la comunidad (insisto: de cualquier peligro —suficiente como para movilizar los servicios de policía, etc.— y no ya de un peligro relacionado con la existencia de aparatos explosivos, sustancias químicas, etc.) o de la producción de un siniestro (término que igualmente admite una gama de supuestos de muy diversa gravedad), aunque resulte apta para movilizar los servicios públicos que se citan en el precepto y de hecho lo consiga, no garantiza necesariamente por sí misma ni siquiera que la conducta sea objetivamente idónea para alterar el orden público (peligrosidad *ex ante*). Al menos si, más allá ahora de las dificultades de concreción que con carácter general presenta dicho bien jurídico, entendemos éste —aquí como punto de referencia valorativo de la mencionada

64 Cfr., llamando la atención sobre este cambio de naturaleza del delito del art. 561 desde la perspectiva del anteproyecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 65; advirtiendo del riesgo de que se deriven este tipo de interpretaciones, BAUCCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes...”, cit., p. 983; o, igualmente en sentido crítico, GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes...”, cit., pp. 786 y 787.

peligrosidad— en términos que le doten de un mínimo contenido material que pueda justificar la intervención penal. Y si se acepta lo anterior, se habrá de convenir entonces también que la realización del comportamiento formalmente descrito en el tipo (generación de una alarma falsa + movilización de servicios públicos) menos aún conllevará en todo caso una *efectiva* alteración del orden o la paz pública. Piénsese, por ejemplo, en una llamada anónima realizada al teléfono de emergencias informando falsamente de que ha tenido lugar un accidente de circulación en el que hay algún herido y que a consecuencia de ello acude una ambulancia al lugar del supuesto hecho. Esta conducta, pese a que en términos generales difícilmente podrá afirmarse que pone en peligro, y mucho menos lesiona, el orden público, de acuerdo con una interpretación estrictamente literal del precepto encajaría en éste sin problemas; lo mismo que la consistente en comunicar un aviso similar de alarma mendaz pero verosímil que ni siquiera llegara a provocar finalmente dicha movilización de algún servicio de emergencia y que podría llegar a castigarse, desde esta tesis exegética, como una tentativa del delito del art. 561 (también aquí sin ninguna clase de peligro para el bien jurídico orden público).

Ya en su anterior versión la ubicación de la infracción en examen había suscitado alguna crítica sobre la base de la dudosa conexión del delito con el orden público⁶⁵. Desde la posición interpretativa del nuevo tipo que se está analizando —y que apuntaría a la tutela del mero perjuicio (patrimonial) causado por la movilización injustificada de los servicios públicos— aquellas críticas devienen mucho más evidentes⁶⁶. Pero al margen ahora de consideraciones sistemáticas, la cuestión realmente importante es si una interpretación semejante del precepto cubriría los estándares mínimos que impone el principio de prohibición de

65 Cfr., por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “El orden público...”, cit., pp. 980 y 981.

66 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones...”, cit., p. 65, observando en tono crítico que, así concebida, dicha figura delictiva debería llevarse al ámbito de los delitos de daños.

exceso, y en particular sus exigencias de fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto. A este respecto se ha de tener presente que la penalidad prevista para las conductas a las que nos estamos refiriendo, aunque es verdad que contempla la alternativa de multa, permite llegar hasta un año de prisión (más —el doble— que el máximo de la sanción que admite el delito del art. 557 ter, en donde como hemos visto el tipo sí que demanda expresamente que se ocasione una “perturbación relevante de la paz pública”).

La respuesta al interrogante formulado, desde los parámetros del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, solo puede ser negativa. *Se ha de evitar, pues, una interpretación literal del precepto* como la que se ha esbozado más arriba. Ello supone que para aplicar el art. 561 se habrá de exigir que la conducta de generación de una falsa alarma de la que se siga la movilización infundada de los servicios de emergencia resulte -al menos- peligrosa para el orden público. Esto último, como se ha explicado antes, y siempre que hablemos realmente de peligro *para el orden público* y no de la afectación a otros extremos (relacionados con la movilización de los referidos servicios de salvamento, etc.), no es algo que sea predicable de suyo de cualquier comportamiento que cumpla formalmente con las características del tipo del art. 561. Desde una exégesis más garantista del precepto, que aquí se prefiere, cabría elevar más el nivel de ofensividad de la conducta y requerir una efectiva alteración de la paz pública —que se concretara, por ejemplo, en la creación de una grave situación de caos entre una colectividad de ciudadanos—. En cualquiera de los dos casos, todo ello habrá de ser abarcado por el dolo, directo o eventual, del autor.

6. Bibliografía citada

ALONSO RIMO, A., “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, nº 4 (2010).

- ALONSO RIMO, A., “Escraches, derecho de reunión y criminalización de la protesta social”, *Teoría & Derecho*, 2013, nº 14.
- ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal* 21 (2014).
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “De la usurpación”, en Córdoba Roda y García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, T. I*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 2004.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “De los desórdenes públicos”, en Córdoba Roda y García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, T. II*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2004.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “Desórdenes públicos”, en Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Derecho*, 2013, nº 13.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Nos queda la palabra: contra la nueva orientación político-criminal en materia de orden público”, en Vives Antón y otros (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Desórdenes públicos I (arts. 557.1º y 557 bis)”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Desórdenes públicos”, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002.

- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “Faltas contra el orden público”, en Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012”, en Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- FUENTES OSORIO, J. L., *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.
- GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA ALBERO, R., “De los desórdenes públicos”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código penal español*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- GARCÍA RIVAS, N., “Desórdenes públicos”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, 16, 1982.
- GÓMEZ RIVERO, C., “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, *La Ley*, n° 1, 1996.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “De los desórdenes públicos”, en *idem* (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex nova, Valladolid, 2011.
- JORGE BARREIRO, A., “De los desórdenes públicos”, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra el orden público”, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LLABRÉS FUSTER, A., “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)”, en González Cussac

- (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LLOBET ANGLÍ, M., “Desórdenes públicos”, en Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIRA BENAVENT, J., “¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada?”, *Estudios penales y criminológicos*, V. XXII, 2000.
- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, *Abogacía Española, Consejo General*, disponible en <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana/> (última visita: 24 de mayo de 2015).
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., “Punición o despenalización de la proposición para delinquir”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 42, Fasc. 3, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OBREGÓN GARCÍA, A., “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código penal”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008.
- OLIVER OLMO, P. (coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en Luzón Peña (dir.),

- Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010.
- PRECIADO DOMÈNECH, C., “Anteproyecto de Ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas”, *Jueces para la democracia. Boletín de la comisión penal*, nº 5, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Estudio preliminar”, en *idem*, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La punición de los actos preparatorios”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXI, Fasc. II, mayo-agosto 1968.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Las fases de ejecución del delito”, *Revista Jurídica de Cataluña*, V. 79, nº extra 1, 1980.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “En los límites de la inducción”, *InDret* 2/2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)”, en *idem*, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- VIVES ANTÓN, T.S., en *idem* (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T.S./CARBONELL MATEU, J.C., en Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez-Buján, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.