

PROTESTA SOCIAL, DERECHO PUNITIVO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Legalidad y legitimidad de la libertad ciudadana

Pedro Martín Páez Bimos

PRÓLOGO

Victoria García del Blanco



La presente obra, que consta de seis capítulos, revisa las respuestas del derecho punitivo del Estado frente a la protesta social. En ellos podrá encontrar el lector, el análisis de los derechos fundamentales de reunión y de libertad de expresión, tanto desde el derecho comparado, como desde la perspectiva constitucional, siendo éstos los pilares fundamentales que permiten la ejecución de las protestas sociales, y, por consiguiente, de obligatoria revisión en un Estado democrático.

Se analiza el derecho administrativo sancionador de la protesta social que ha generado mucha discusión por parte de los diferentes organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil, la doctrina y los medios de comunicación por limitar el ejercicio de la protesta social. También, consta el estudio sobre el derecho penal con finalidad preventiva y la criminalización de la protesta social que revela importantes hechos que guardan relación con la estructuración de una política criminal expansiva e intensa del derecho penal, que busca controlar conductas que tienen relación directa con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Pedro Martín Páez Bimos

PROTESTA SOCIAL, DERECHO PUNITIVO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Legalidad y legitimidad de
la libertad ciudadana

Prólogo
Victoria García del Blanco

Barcelona
2022

JIB
BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2022 PEDRO MARTÍN PÁEZ BIMOS

© AGOSTO 2022



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-74-4

ISBN digital: 978-84-19045-75-1

D.L.: B 14720-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice General

Prólogo	17
---------------	----

CAPÍTULO I

Introducción. Discusiones en torno al derecho y la protesta social ..	23
1. El contenido y desarrollo de la investigación	23
2. Metodología de la investigación	25
3. La protesta social en la época de la globalización	26
4. Protesta social: ¿Existen problemas con la legalidad y la legitimidad?	32
5. La protesta social y las nuevas tecnologías de la información: el ciberactivismo una forma de protestar en el siglo XXI	36
6. El ejercicio de la protesta social ante la COVID-19	39
7. El derecho penal y su incidencia frente a la protesta social	42
8. Modificaciones en la política criminal frente a la protesta social	44
9. El derecho administrativo sancionador de la protesta social: ¿un nuevo modelo de control?	47

CAPÍTULO II

Análisis de los derechos de reunión y libertad de expresión: derecho comparado y normativa fundamental	51
1. Revisión en el derecho comparado sobre los derechos de reunión y libertad de expresión	51
1.1 Aproximaciones en el ámbito anglosajón sobre el derecho de reunión y libertad de expresión	51
1.2 Aproximaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el derecho de reunión y libertad de expresión.	57

2.	Revisión constitucional de los derechos fundamentales de reunión y libertad de expresión	61
2.1	¿En qué consiste el derecho de reunión y libertad de expresión?.....	63
2.2	Evolución de las posturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional	69
3.	Limitación sobre los derechos fundamentales de reunión y libertad de expresión: orden público y seguridad ciudadana.....	84
3.1	Las relaciones entre el derecho fundamental de reunión y la libertad de expresión con el orden público.....	84
3.2	Algunos pronunciamientos de la comunidad internacional sobre la limitación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y reunión en España	96

CAPÍTULO III

	Análisis y construcción de los bienes jurídicos: orden público y orden constitucional	103
1.	Cuestiones generales sobre la teoría del bien jurídico protegido	103
2.	Fundamentación del bien jurídico protegido orden público.....	112
2.1	Contexto histórico del bien jurídico protegido orden público	112
2.2	Estado de la cuestión sobre el bien jurídico orden público.....	120
2.3	Aproximaciones entre orden público y paz pública.....	136
2.4	Aproximaciones entre orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana.....	145
3.	Fundamentación del bien jurídico protegido orden constitucional.....	155
3.1	Contexto histórico del bien jurídico protegido orden constitucional.....	155
3.2	Fundamentación del bien jurídico protegido orden constitucional	161
3.3	El orden constitucional y la protesta social: ¿Son conceptos contrapuestos?.....	172

CAPÍTULO IV

El derecho administrativo sancionador de la protesta social: represión de baja intensidad	179
1. Derecho administrativo sancionador: represión de baja intensidad	179
1.1 Derecho penal y la represión de baja intensidad.....	179
1.2 La normativa orgánica limitadora de la protesta social....	183
1.3 Los mecanismos de sanción disuasoria y su impacto sobre los derechos de reunión y libertad de expresión.....	200
2. Los límites y efectos del derecho administrativo sancionador de la protesta social.....	204
2.1 Conflicto con los principios del derecho sancionador	205
2.2 Conductas abiertas y expansivas que son sancionadas mediante el derecho administrativo sancionador	214
2.3 Los efectos negativos sobre el Estado democrático por el derecho administrativo sancionador de la protesta social	218
3. Casos en los que se ha limitado los derechos fundamentales de reunión y libertad de expresión mediante el derecho administrativo sancionador y colectivos reaccionarios a la represión de baja intensidad	221
3.1 El 15-M como punto de partida y su influencia en la normativa sancionadora de la protesta social.....	221
3.2 Casos que son cuestionados por la aplicación del derecho administrativo sancionador de la protesta social	226
3.3 Reacciones y pronunciamientos de los diferentes colectivos por la represión de baja intensidad de la protesta social.....	232
3.4 Observaciones sobre el ejercicio de la protesta en tiempos de COVID-19	239

CAPÍTULO V

El derecho penal preventivo y la criminalización de la protesta social	243
1. El derecho penal preventivo en el contexto de la protesta social	243

1.1	Fundamentos del derecho penal preventivo y el Estado democrático de derecho	243
1.2	Aproximaciones al derecho penal preventivo frente a la protesta social	251
2.	Los puntos de inflexión del derecho penal preventivo.....	256
2.1	Límites del derecho penal preventivo y securitario: límites democráticos.....	256
2.2	¿Existe una verdadera peligrosidad pronosticada?	263
2.3	La falsa “seguridad” como argumento preventivo frente a la protesta social	269
2.4	¿Son verdaderos potenciales enemigos de la sociedad las movilizaciones y protestas sociales?	274
3.	Criminalización de la protesta social.....	279
3.1	Modelo constitucional y criminalización de la protesta social	280
3.2	De la expansión del derecho penal al derecho penal securitario de la protesta social.....	285
3.3	Auge de las corrientes punitivistas: la protesta social entre la <i>law and order</i> y la criminología mediática	293

CAPÍTULO VI

	Análisis de los delitos de desórdenes públicos: una revisión desde los derechos fundamentales de reunión y libertad de expresión.....	303
1.	Regulación y contextualización.....	303
1.1	Contextualización del delito de desórdenes públicos en el Código Penal	303
1.2	La finalidad y aparente justificación de los delitos de desórdenes públicos	313
1.3	¿El orden público considera las expresiones legítimamente democráticas?	317
1.4	Alcances y consecuencias jurídicas de la criminalización de la protesta social mediante los delitos de desórdenes públicos.....	322
2.	Criminalización de la protesta social mediante el delito de desórdenes públicos.....	326

2.1	Modificaciones del delito de desórdenes públicos tras el 15-M.....	326
2.2	El falso entendimiento de la protesta social como desorden público	332
2.3	La utilización del tipo penal de desórdenes públicos como instrumento frente a la protesta social: revisión de algunos casos que han sido cuestionados.....	336
3.	Problemática del delito de desórdenes públicos con los derechos fundamentales y la democracia	342
3.1	Problemática de los desórdenes públicos con el derecho fundamental de reunión	342
3.2	Problemática de los desórdenes públicos con el derecho fundamental de libertad de expresión.....	347
3.3	Necesidad de replantear los delitos de desórdenes públicos con el estándar democrático	352
CONCLUSIONES.....		359
LISTADO DE FUENTES CITADAS		369
1.	Fuentes bibliográficas.....	369
2.	Fuentes normativas	394
3.	Fuentes jurisprudenciales.....	395

Prólogo

Conocí a Pedro Martín Paez Bimos en las aulas del Máster de Derecho Penal Económico que por entonces yo dirigía en la Universidad Rey Juan Carlos. Estaba recién llegado de Ecuador y había venido con las ganas propias del que sabe lo que quiere encontrar. Destacaba por su interés, por el conocimiento de la realidad social y por la agudeza de sus preguntas en estos tiempos de sorprendente pasividad en el grueso del alumnado. Siempre dispuesto a la pregunta y sin esquivar la posibilidad de respuesta. Después de la clase solía acercarse a profundizar en algún tema pendiente de clases pasadas o a comentar cualquier noticia de actualidad. Era perfectamente consciente que tenía una estupenda oportunidad de formación y Pedro no desaprovecha las oportunidades.

Recuerdo claramente su mirada de determinación el día de la graduación en el Máster cuando me prometió volver a España y hacer la tesis doctoral. Y yo cruzaba los dedos, pues conozco demasiadas historias en las que urgencias vitales posponen este tipo de metas. Felizmente, Pedro volvió.

El tema de tesis que eligió no fue casual; suponía un cruce de caminos entre su trayectoria vital, la de sus co-directores de tesis y un momento desafortunado para la historia legislativa en España, pues haciendo uso de su mayoría absoluta, en 2015 el Partido Popular en el Gobierno, había conseguido aprobar la polémica “Ley Mordaza” y una reforma en paralelo del Código penal de los delitos contra el orden público que generaron un insólito recorte de derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de reunión. Se alumbró la Ley de Seguridad Ciudadana, en una época en la que España seguía azotada por la crisis económica y en la que las calles estaban en permanente convulsión. La norma estuvo rodeada de polémica porque trajo más multas y mucho más caras, especialmente, en causas como las manifestaciones no comunicadas, la paralización de desahucios o los piquetes en las huelgas. Diferentes agentes sociales alertaron de una criminalización de la protesta. Los partidos políticos en aquel momento en la oposición pronto presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra numerosos preceptos de esta Ley en línea con la contestación social que suscitó. El Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado al respecto.

Era el caldo de cultivo perfecto para que Pedro Martín Páez Bimos pudiera profundizar sobre los fundamentos mismos de un sistema democrático.

En la moción de censura que le llevó a La Moncloa en 2018, Pedro Sánchez calificó de “urgente” la reforma de la ley de seguridad ciudadana. Sin embargo, dos adelantos electorales, una legislatura fallida y la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 han mantenido viva una ley de la que varias veces se nos ha anunciado su fin. Mientras, Pedro Martín Páez Bimos desde Ecuador avanzaba con su tesis doctoral.

Realizar una tesis a tanta distancia de tus directores es un poco más difícil que tratar de dirigirla. Las dificultades propias de no poder dedicarse en exclusiva a la una investigación tan exigente se sumaban a ese espíritu que tiene el doctorando en cuestión que le impulsan a participar activamente en el diálogo social y que ha ido aprovechando múltiples publicaciones.

Fue una alegría enorme y el impulso final que necesitaba la tesis su anuncio de una estancia larga en España. Se retomó el contacto personal del doctorando con sus directores, tan necesario en la elaboración de la tesis y pronto se vieron importantes progresos. Sin embargo, la vida se saltó todas nuestras previsiones y la pandemia confinó a Pedro en un piso de Lavapiés. A la preocupación general ante una situación tan anómala, se le unía la preocupación propia del que está lejos de los suyos. Y Pedro volvió a Ecuador en cuanto pudo, con el propósito de volver en cuanto pudiera.

La crisis sanitaria producida por la COVID-19 no solo ha postergado la derogación de la normativa contra el orden público que restringe el derecho de reunión o de manifestación pacífica, sino que la ha revitalizado al convertirla en el pilar esencial utilizado por el Ministerio del Interior para sancionar a los que burlaban el confinamiento sanitario. Entre el 14 de marzo, día que se decretó el estado de alarma en España, y el 1 de junio —último día con estadísticas oficiales que recojan datos de todos los cuerpos policiales— las propuestas de multas fueron 1. 089. 197. Una cifra que supone un incremento del 42% respecto a las 765. 416 que se impusieron entre 2015 y 2018. Igualmente su aplicación ha provocado numerosas quejas, incluida la del Defensor del Pueblo lleva años urgiendo en sus informes a los partidos políticos a culminar la reforma de la ley.

No ha sido el único organismo en pronunciarse en contra. No han faltado voces relevantes desde el ámbito internacional: Amnistía Internacional ha venido reclamando insistentemente la derogación de esta regulación. Tanto la Comisión Europea como el Consejo de Europa igualmente la acusan de “atentar

contra el derecho a la libertad de expresión y reunión” y conceder “altos poderes” a los agentes de la autoridad que pueden derivar en “potenciales abusos”, dando pie a “limitaciones potencialmente desproporcionadas y arbitrarias al ejercicio de la libertad de expresión y reunión”.

Más recientemente, el pasado 19 de marzo, la comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa, instó a España a la revisión de la ley. Entre otros puntos, propuso rebajar las altas multas de hasta 600.000 euros que, en la práctica, dijo, tienen un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión, y alertó del “potencial represivo” del texto legal.

Este órgano consultivo del Consejo de Europa también instaba a tolerar las manifestaciones espontáneas, a erradicar los cacheos indiscriminados y sin causa, y pedía, ante los “amplios poderes” otorgados a la policía reforzar los “mecanismos de seguimiento internos” de los agentes, así como los judiciales, para evitar “potenciales abusos”. Y concluía que “si una norma estatutaria lleva, en la práctica, a abusos, esta norma debe ser cambiada, delimitada o acompañada de salvaguardias adicionales, incluso si en teoría es constitucionalmente aceptable”.

Pedro Martín Páez Bimos leyó su tesis doctoral virtualmente. Quizás no haya podido disfrutar presencialmente de un momento tan hermoso en la trayectoria de un universitario nato, sin embargo, la madurez del ya doctor le ha permitido valorar la importancia de la meta alcanzada y desde esa perspectiva puede ver que el camino no se ha terminado. Se abren nuevos retos.

Ya hace seis años desde su aprobación y es ahora cuando al fin PSOE y Unidad Podemos, los dos partidos en el Gobierno actualmente, tras complicadas negociaciones con otros socios de gobierno, se han puesto de acuerdo en su derogación y registrando ya una decena de enmiendas que le pueden dar la vuelta al negro corazón de esa norma. Los datos continúan avalando la falta de necesidad de una limitación tan desproporcionada de derechos: según datos del Ministerio del Interior, durante el primer semestre de este año se cometieron 39, 2 infracciones penales por cada mil habitantes, la tasa de criminalidad más baja desde que hay registros históricos a excepción de 2020, año de confinamiento por el COVID.

La propia redacción del nuevo texto demuestra el enfoque muy diferente: “Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones se guiarán en todo momento por un enfoque de derechos humanos”, señala el nuevo texto.

Bien es cierto que este acuerdo ha sido posible dejando aparcado otro asunto espinoso e igualmente necesitado de una urgente modificación legislativa como es el de las devoluciones en caliente de migrantes que también se atrincheró en esta Ley Mordaza: una vergüenza humanitaria que difícilmente puede argumentarse en una democracia que se diga tal, pese a la sentencia que avala tal aberración que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó en febrero pasado.

Los principales cambios que pretende introducir el Gobierno se intentan adecuar a estas exigencias y son los siguientes:

- Tras la sentencia del Tribunal Constitucional del pasado mes de enero declarando la inconstitucionalidad de la prohibición de uso de imágenes y datos personales de los agentes de la autoridad, con el nuevo texto grabar a un policía en su puesto de trabajo no supondrá una infracción salvo que genere un “peligro cierto” a su seguridad personal o familiar, ponga en riesgo operaciones en curso o instalaciones. Este punto levanta ampollas entre los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado porque afirman que en la actualidad se vive uno de los momentos de más agresiones a uniformados, con casi una treintena de denuncias diarias. Los sindicatos de diversos cuerpos arguyen que la divulgación sin control de las imágenes de los funcionarios en la era de las redes sociales supone un «riesgo evidente» para los policías y sus familias, además de vulnerar, entienden, su derecho a la intimidad.
- La presunción de veracidad de la declaración de los agentes de la autoridad ha sido caldo de cultivo de potenciales abusos al menos en ámbito administrativo. Dicha presunción se mantiene en el nuevo texto siempre y cuando éstos expongan en las actas de infracción un relato de hechos que resulte “coherente, lógico y razonable, salvo prueba en contrario”. Los sindicatos lo ven un ataque a su credibilidad y señalan que ya hay vías para actuar tanto judicial como disciplinariamente si no cumplen con la verdad.
- No podrán impedirse las manifestaciones espontáneas que se produzcan sin comunicación previa a las autoridades gubernativas puesto que en caso contrario supondría impedir el ejercicio de los derechos a las libertades de reunión y manifestación, derechos fundamentales que no pueden someterse a una autorización administrativa. Esta medida chocaría con el artículo 21. 2 de la Constitución que señala la obligación de comunicación previa a la autoridad en los casos de reuniones en lugares

de tránsito público y manifestaciones. Esta es para los mandos policiales una «verdadera bomba de relojería», ante la incapacidad de poder organizar despliegues policiales con anticipación. Explican los sindicatos y profesionales que no solo se va a poner en riesgo a los funcionarios a los que se obligue a intervenir de forma precipitada, sino que también se atentará contra las libertades del resto de los ciudadanos. La reforma apunta a que no habrá infracción siempre que «el ejercicio pacífico de tal derecho precise de una rápida expresión ante un acontecimiento de indudable repercusión social que no admita demora, siempre que no se cause violencia o alteración del orden público». No obstante, los expertos de los servicios de información están especialmente preocupados por esta reforma porque es una invitación a que los radicales se sumen a las protestas ante la falta de agentes.

- A pesar de que no se prohíben las temibles pelotas de goma entre el material antidisturbios, causa de varias pérdidas de ojos por disparos de la policía, la nueva norma establecerá que “las autoridades competentes elaborarán protocolos específicos de acuerdo con los estándares internacionales, para utilizar siempre los medios menos lesivos para las personas y evitando aquellos que causen lesiones irreparables”.
- Las personas que se nieguen a identificarse podrán ser retenidas hasta dos horas y solo de forma “excepcional” y sólo cuando existan razones “justificadas y verificadas”, ese plazo podrá prolongarse hasta las 6 horas que se permiten actualmente extender la retención. Denuncian los funcionarios que en buena parte de las actuaciones con esas dos horas no da tiempo siquiera al traslado a dependencias policiales, ya que los agentes, tras la detención del sospechoso, tienen que quedarse en la zona para tomar declaraciones. Ese plazo tan reducido obligaría a doblar las patrullas para agilizar los traslados. Los funcionarios dicen que esta nueva norma evidencia que los políticos desconocen «absolutamente los procedimientos policiales».
- La reforma de la ley establece que los agentes tendrán que devolver al presunto infractor al lugar donde se produjo la detención cuando sea puesto en libertad, y el detenido haya sido desplazado a una localidad distinta y siempre que esta circunstancia no afecte “gravemente al funcionamiento de los servicios” de los agentes.
- Las multas por infringir esta ley serán proporcionales a la capacidad económica individual de cada persona.

- Durante una actuación policial, si fuera necesario el cacheo del presunto infractor, en ningún caso se dejará a la vista la totalidad del cuerpo, ni tampoco de manera sucesiva cada una de las partes, para evitar que alguna persona pueda ser desnudada o denigrada en un operativo policial, que deberán actuar con el máximo respeto a la identidad sexual, procurando hacerlo siempre en lugar reservado y fuera de la vista de terceros.

Espero que al leer estas líneas que le dedico con todo el afecto a Pedro Martín Páez Bimos, éste se vea provocado a ponerse manos a la obra con los nuevos desafíos planteados en la futura reforma y fructifiquen nuevas publicaciones. Será una magnífica oportunidad para seguir coincidiendo en el camino.

Victoria García del Blanco

Prof^a Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

PRÓLOGO

CAPÍTULO I

Introducción. Discusiones en torno al derecho y la protesta social

CAPÍTULO II

Análisis de los derechos de reunión y libertad de expresión: derecho comparado y normativa fundamental

CAPÍTULO III

Análisis y construcción de los bienes jurídicos: orden público y orden constitucional

CAPÍTULO IV

El derecho administrativo sancionador de la protesta social: represión de baja intensidad

CAPÍTULO V

El derecho penal preventivo y la criminalización de la protesta social

CAPÍTULO VI

Análisis de los delitos de desórdenes públicos: una revisión desde los derechos fundamentales de reunión y libertad de expresión

CONCLUSIONES

LISTADO DE FUENTES CITADAS



Pedro Martín Páez Bimos

Abogado Subespecialista en Derecho Penal por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Especialista Superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Máster en Derecho Penal Económico y Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos. Docente de la Universidad de los Hemisferios y Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Investigador de la Cátedra Forensic Grant Thornton-URJC y Presidente del Consejo Directivo del Consejo Directivo de la Escuela de la Función Judicial de Ecuador. Seleccionado dentro del Top 20 a nivel del mundo del premio Win Win Youth Award 2021 en Anticorrupción por la Universidad de Gotemburgo.